ABHANDLUNGEN

CIVILISTISCHEN UND HANDELSRECHTLICHEN INHALTS

VON

DR. A. C. HOLTIUS,

ORD. PROFESSOR DER RECHTE ZU UTRECHT.

UEBERSETZT VON

DR. S. SUTRO.

UTRECHT,

KEMINK EN ZOON.

1852.

Rec. Apr. 22, 1903.

INHALT

I.

UEBER DIE LEHRE DER NATURALIS OBLIGATIO IM ROEMISCHEN RECHTE.

Abhandlung gelesen in der dritten Classe des Königl. Niederl. Instituts, den 29 *Januar* 1844 [1]).

Schon längst hat sich, wie wir wissen, in Europa die Ueberzeugung, eines von selbst und a priori vorhandenen Naturrechts entwickelt, welches als die Grundlage des Rechts und der Rechtswissenschaft betrachtet wurde. Es war vorzüglich in unserem Lande, dem Vaterlande des Grotius, dass man auf dieses sogenannte Naturrecht grossen Preis stellte, und dass man sich bemühete, es gegen juristische und philosophische Zweifel, zu vertheidigen.

Auch diese Gelehrtengesellschaft, unsere Classe, hat hieran mittelbar, und wie ich meine, jedenfalls, mit einem günstigen Resultate, theilgenommen. Auf der anderen Seite werden in der Litteraturgeschichte unserer Zeit beständig Erscheinungen zu Tage gefördert und über das Wesen des Rechts Ansichten von einer ganz anderen Richtung vorgetragen, unver-

1) In *Nederlandsche Jaarboeken voor Regtsgeleerdheid*, door den Tex en van Hall, VII. 1845, p. 529—562.

einbar mit dem Bestehen eines solchen Naturrechts, wie es in unseren Schulen pflegte gelehrt zu werden. Es ist meine Absicht nicht, hieran erinnernd, aufs neue unsere philosophischen Rechtsbegriffe — in den engen Grenzen einer Vorlesung — vorzutragen; blos zur Einleitung habe ich die Anmerkung zu machen, dass diese ebengenannte Naturrechtsüberzeugung nicht ohne Einfluss auf die Behandlung des positiven Rechts, und besonders des römischen geblieben ist, und dass manche römische Lehre wohl anders aufgefasst und begriffen wäre, wenn nicht ihre Bearbeiter in dem Glauben und der Confession eines ius naturae wären erzogen und unterrichtet worden, und vorzüglich wenn sie nicht stets in ihren Untersuchungen von solch einem Glauben und ihrer philosophischer Ueberzeugung ausgegangen wären. Es ist doch eine anerkannte Sache, dass bei den europaeischen Nationen, die gegenwärtig mittelbar oder unmittelbar unter dem römischen Rechte leben, sich ein sogenannter *usus modernus* gebildet hat, der von den römischen Rechtsinstituten und selbst von Justinians Gesetzgebung stark abweicht; welchen *usus modernus* auszuscheiden, und für das zu geben, was er ist, kann man sagen, ist das Verdienst unserer Zeit, und vorzüglich einer gewissen Schule der deutschen Rechtswissenschaft. Zu einem Bestandtheile nun des genannten *usus modernus*, oder wünscht man einen andern Ausdruck, des *Pseudo-Jus Romanum* oder des *heutigen römischen Rechts*, gehört, meiner Ansicht nach, unser heutiges *ius naturae*, als die Grundlage jeglichen Rechts, man hat dieses stets in die römische Rechtswissenschaft hineingetragen, den Römern in den Mund gelegt, und beim Erklären und Beurtheilen ihrer Rechtsinstitute als Probirstein gebraucht. Mit anderen Worten: die herrschenden philosophischen Begriffe der

neuern Rechtswissenschaft haben eine eigenthümliche Auffassung des römischen Rechts bewirkt.

Ich habe mir für heute die Aufgabe gestellt, dieses an der Lehre der *naturalis obligatio* zu zeigen, welche meiner Meinung nach, bei den Alten etwas ganz anderes war, als wofür sie gewöhnlich gehalten wird; nämlich kein philosophischer oder moralischer Begriff, sondern ein Theil des positiven Rechts, von einer grösstentheils negativen Bedeutung; wie z. B. die *naturalis possessio* und andere Naturalien, bei welchen es den Römern unmöglich einfallen konnte, nach philosophischen Gründen zu fragen, oder zu meinen dass die Natur des Menschen es schon von selbst so mit sich bringe. Dieses zu beweisen, m. H., oder lieber Ihnen die Gründe einer eigenthümlichen, wohl etwas autodidactisch scheinenden, aber schon seit lange erlangten Ueberzeugung auseinander zu setzen, ist der Zweck dieser Vorlesung, für welche ich fühle, Ihre Nachsicht in mehr als einer Rücksicht, nöthig zu haben.

Um jedem Missverstand und unnöthigem Streite vor zubeugen, muss von unserm Thema jene *naturalis obligatio* ausgeschlossen werden, welche damit nur den Namen gemein hat, und eigentlich keine *naturalis*, sondern eine *civilis obligatio*, d. h. *civilis* in der weiteren Bedeutung ist. Ich meine die bekannte L. 84 § 1 D. *de reg. iuris.:* "Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus."

Gegenwärtig wird diese Stelle oft so verstanden, als ob jede *naturalis obligatio* ein Product des ius gentium wäre [1]), woraus, bei einem consequenten Denken, folgen würde, dass auch jede *naturalis obli-*

---

1) Savigny, *System.* I. 419. V. 378. Von der Pfordten, *Archief f. d. Civ. Prax.* XXIV. Vangerow, *Leitfaden.*

gatio, wie jede Eigenthumserwerbart aus dem *ius gentium*, und wie die *naturalis solutio* volle Kraft und Wirkung habe, da gerade das Gegentheil den negativen Charakter der *naturalis obligatio* bildet. Die Wahrheit ist viel mehr, dass hier *natura* und *ius gentium*, eben wie in so vielen anderen Stellen, besonders bei den acquisitiones, dasselbe ist. Dieses ist besonders sichtbar in dem technischen *dare oportere*, einem formularen Ausdrucke, wodurch die Existenz und die Hauptwirkung einer wahren, mit civiler Kraft versehenen *obligatio* charakterisirt wird, und welcher bei einer unvollkommenen, klaglosen Forderung, sehr unpassend sein würde. Paulus, welchem die L. 48 zugeschrieben wird, hatte meiner Meinung nach, die *mutui datio*, das *commodatum* und das *depositum* im Sinne, und ähnliche *obligationes*, die bei Hermogenian in der L. 5 D. *de iustitia et iure* als Beispiele angeführt werden, welche alle zum *ius gentium* gehören, und bei denen ein Anvertrauen, ein *fidem sequi*, recht eigentlich vorkömmt. Ein sehr bestätigendes Beispiel dieses Sprachgebrauches finden wir in einer anderen Stelle des Paulus [1]), in welcher eine vollgültige *mutui datio*, mit dem Namen einer *naturalis obligatio* im Gegensatze der *stipulatio*, welche dieses (in der Theorie wenigstens) nicht ist, bezeichnet wird: "quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a *naturali obligatione.*"

Diese *naturalis obligatio* ist die des gezählten Geldes, welche hier nach dem *ius gentium*, auch *naturale ius et gentium* [2]) eingegangen ist. Auf dieselbe

1) L. 126, § 2 D. de verb. obl.
2) Vergl. L. 31 D. deposit., und Gaius, III. 132.

Weise wird gesagt, *locatio et conductio* sei "naturalis et omnium gentium." Natürlich ist es desshalb, das *natura debet* des Paulus, da er sich auf das *ius gentium* beruft, auch so, nämlich von obligationes die zu diesem gehören zu verstehen; welche in ihrer Wirkung von einer *civilis obligatio* in nichts verschieden und mit der hier beabsichtigten *naturalis* nichts zu schaffen haben, keinen Gegenstand einer besonderen Untersuchung abzugeben brauchen. In der That umfassen sie die ganze Classe von *obligationes ex contractu*, welche wir von Justinian, der uns keine andere hinterlassen hat, recipirt haben.

Um nun den Begriff der wahren *naturalis obligatio* nach dem römischen Rechte zu bestimmen, lassen wir das *ius gentium* fahren, und wenden uns zu der *civilis obligatio*, wovon die *naturalis* die Antithese bildet, eben wie bei der *naturalis cognatio* und *naturalis possessio*. Vergleichen wir mit diesen Benennungen, die uns vorliegende, so treffen wir den Gedanken des Unvollkommenen, Mangelhaften, jedenfalls der geringeren Wirkung, mithin etwas Negatives. Eine *naturalis cognatio* war bei der *patria potestas*, bei dem Erbrechte und der *tutela* wirkungslos, die *naturalis possessio* hilft nicht zur *usucapio* und zu Interdicten, und nicht anders verhält es sich mit der *naturalis obligatio*; die n. o. bindet nicht, führt keinen Rechtszwang mit sich, und entbehrt mithin das, was bei dem Eingehen der *obligationes* eigentlich bezweckt war. Es liegt aber zugleich etwas Positives in dieser Benennung, nämlich, in so fern *naturalis* eine Thatsache, materielle Handlung oder Zustand, mit anderen Worten, ein blosses *factum* bezeichnet.

Bei der *naturalis cognatio* ist dieses die Verwandtschaft, blos das Geborenwerden, bei der *naturalis possessio* sowohl das Seyn des colonus in dem gemie-

theten *fundus* wie auch dessen rechtmässiges Schalten; bei der *naturalis obligatio* sind es gleichfalls gewisse Handlungen; doch welche Handlungen? Dieses ist der Punkt, auf welchen, wenn meine Ansicht einen Grund haben soll, alles ankömmt. Es müssen, um *naturalis obligatio* zu Stande zu bringen, nicht nur Handlungen sein, wegen welcher Jemand, nach moralischen Begriffen wohl zum Nachkommen müsste verbunden sein, z. B. die That, dass man etwas verspricht, nein, es müssen obligatorische Handlungen sein, das heisst solche, welche nach dem römischen Rechte (das ius gentium einbegriffen) eine obligatio bewirken, welchen das bürgerliche Recht, nur diesem eigener Gründe wegen, die gewöhnliche Wirkung versagt.

Von dieser Art sind das Geldzuzählen und Uebergeben, das Aussprechen eines Stipulationsformulars, ein *do ut des vel facias*, und alle anderen die im gewöhnlichen Leben zum Eingehen der *obligationes* brauchbar sind. Wird solch eine Handlung begangen, so entstehet eine *obligatio*, und sind nun Umstände vorhanden, welche es sei *iure civili* es sei *iure gentium*, die juristische Wirkung verhindern, so ist die *obligatio* eine *naturalis*, eine *naturalis* anstatt einer *civilis*. Wenn wir aus dem *Corpus Iuris* und den anderen Rechtsbüchern, die Fälle, in welchen eine *naturalis obligatio* vorkömmt, sammeln, finden wir es so. Meistens ist es die stipulatio, nämlich, eines *servus* im Allgemeinen; dann inter *dominum et servum*, *inter patrem et filium*. Nicht selten ist es die *mutui datio*. Dann auch die *stipulatio vel mutui datio pupilli*, es sei mit seinem Vormund oder ohne dessen Beistand geschlossen. Hingegen nun, ein blosses Versprechen, ein sogenanntes *nudum pactum*, selbst zwischen fähigen, und in keinem verhindernden Verhältnisse

zu einander stehenden, Personen, heisst nicht *naturalis obligatio;* vielmehr wird diesem öfter die Benennung *obligatio* geweigert. "Nuda pactio obligationem non parit" sagt Ulpian in der L. 7 D. *de pactis;* und man kann diess nicht mit der Einschränkung auffassen, als ob es hiesse *scilicet civilem*, *sed naturalem parit*, denn die folgenden Worte "*sed parit exceptionem*" schliessen diesen Ideengang aus [1]). Der Gegensatz ist hier *ius civile* und *praetorium*, nicht *civile* und *naturale.* In derselben Stelle lässt er mit einem gewissen Widerwillen wiederholt "ne ex pacto actio nascatur" folgen; eben so wie Africanus, in der bekannten L. 34 D. *mandati* sich dagegen erklärt, dass man ohne die Handlung des *dare*, durch blosses *pactum*, eine *pecunia credita*, und so eine *mutui obligatio* sollte improvisiren können, und — wie Paulus (in L. 27 § 2 D. *de pactis*) nicht will, dass durch ein *pactum* eine *obligatio* wieder auferstehe „non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur." Das römische Recht leidet der gleicchen nicht; *obligatio* und *pactio* gehören nicht bei einander.

Doch weil dieses der Punkt ist, in welchem sich meine Ansicht über diese Lehre, von der gangbaren unterscheidet, ist es sehr nöthig ihn näher zu erläuteren, und die Gründe dieser abweichenden Meinung nicht zurückzuhalten. Gewöhnlich stellt man, wenn die *naturalis obligatio* in unseren Handbüchern und Commentarien behandelt wird, als vorzügliche *species*, die *nuda pactio* oben an, und weil diese nun wirklich eine moralische Natur hat, und unseren meist gangbaren *ius naturae*-begriffen zufolge, ein Verbundensein bewirken muss, so thue ich dieser *nuda pactio*

---

1) Vergl. L. 1. 17, L. 3. § 1 D. *de pec. const.* auch L. 1. § 2. D. *de permutat.*

gewiss kein Unrecht, wenn ich ihr zunächst die Schuld gebe, dass die Lehre der *naturalis obligatio*, in unseren Erklärungen des römischen Rechts, so ganz anders ausgefallen ist, als sie es wirklich sein muss. Ich sage zunächst, denn die grosse und erste Ursache war gewiss die Existenz eines *ius naturae*, welches (mehr in Uebereinstimmung, als unter der Mitwirkung des *ius canonicum*) jedes ernsthaft eingegangene Versprechen für verbindend erklärt; hieran schloss sich die *nuda pactio* aus dem römischen Rechte; sie war solch ein Versprechen, und so war die *obligatio* in der Wirklichkeit vorhanden, und nur die capriciöse Natur des römischen Rechts bewirkte, dass es eine *naturalis* wurde. So war zu allen Zeiten die herrschende Vorstellung, so wie sie noch in den neuesten Schriften über die römische *obligatio* gefunden wird. Gelingt es mir nun, diese *nuda pactio* zu beseitigen, so ist dieses für die ganze, zu behandelnde Lehre, von Gewicht; alle übrigen, das heisst, die wahren *naturales obligationes*, haben ein rein positives, grösstentheils römisches Wesen, und werden hierdurch, wenn wir auch in diesem noch dem römische Recht folgen, für uns zu ganz andern Sachen, als sie in unseren Rechts- und Gesetz-büchern angetroffen werden; ein Resultat dessen practisches Interesse leicht einzusehen ist.

Der Beweis, dass *nuda pactio* nicht zu den *naturales obligationes* gehört, wird vorzüglich durch die L. 95 § 4 D. de solutionibus geliefert. "*Naturalis obligatio,*" sagt da Papinian, "ut pecuniae numeratione, ita *iusto pacto*, vel iureiurando, *ipso iure* tollitur."

Durch ein blosses *pactum* wird die *naturalis obligatio ipso iure* aufgehoben, was, wie wir wissen, in der Regel bei *civiles obligationes* nicht stattfindet. Wenn nun das pactum selbst eine *naturalis obligatio*

producirte, so müsste man hierbei dieselbe Folge gewahr werden, und das *pactum* müsste durch ein anderes, gegen dieses gerichtetes *pactum*, *ipso iure* aufgehoben werden. Dieses ist aber nicht der Fall; ein ausdrückliches Zeugniss des Paulus lehrt uns das Gegentheil.

In der L. 27 § 2: "Pactum," sagt er, "ne *peteret*, postea convenit ut *peteret:* prius pactum per posterius elidetur: *non quidem ipso iure*, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est; quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur."

Wir müssen bei dieser Stelle ein wenig verweilen. Es ist doch befremdend, dass ein *pactum*, welches stark genug ist eine *naturalis obligatio* aufzuheben, nicht im Stande ist, das schwächere Rechtsverhältniss von seinereigenen Art, welche gerade eben stark als das *pactum* selbst, aufzuheben, oder sollte vielleicht die *naturalis obligatio* die weniger kräftige sein? Ich glaube, dass es hier auf die vergleichbare Stärke nicht ankömmt, aber viel mehr auf die Natur der besprochenen Handlungen. Das *pactum* gehört zum prætorischen Recht; das prætorische Recht kennt kein ipso iure-aufhören; *naturalis obligatio* hingegen gehört in das Gebiet des *ius civile*, und ein *ipso iure*-aufhören kann in diesem vorkommen. Ich sage: zu dem Gebiete des *ius civile;* sie heisst ja *obligatio* und öfter *vinculum* [1]), sie bestehet durch eine juristisch obligirende Handlung, die allein durch Umstände, welche die Handlung selbst nicht betreffen, wirkungslos wird. Eine *stipulatio* mit einem *servus* oder Pupillen vollzogen, sieht äusserlich gerade so aus, als ob der *servus* ein *civis romanus*, und der Unmündige ein

1) L. 59 D. *de cond.* i.d. L. 95 § 4 *de solutt.*

pubes wäre; das *factum* ist in beiden Fällen ein und dasselbe. Aus diesem Grunde ist es nicht befremdend, dass so wohl die Benennung *obligatio*, dieselbe bleibt, als auch von der Natur der Sache (obschon die Hauptwirkung verloren geht) noch allerlei, nicht unmittelbare, Folgen übrig bleiben. Mit dem *pactum* verhält es sich nicht so; dass ein einfaches Sagen als eine *obligatio* wirken sollte, konnte der römische Ernst nicht ertragen; es hat ja gar nichts gemein mit den obligirenden Handlungen. Es ist eine einfache Willenserklärung, welche im Civilrechte nicht nur zwischen gewissen Personen, oder unter gewissen Umständen, unwirksam *wird*, sondern die aus ihrer Art, und in jedem Falle, kraftlos *ist*, nicht nur nicht im Stande, eine *obligatio* zu bilden, aber eben so wenig im Stande, einen Eigenthumsübergang hervorzubringen oder um als Testament zu gelten. Dem entsprechende Merkmale sind, dass die Sache einen andern Namen trägt, und im Rechtssysteme der Römer eine andere Stelle einnimmt.

Mit dem Gesagten streitet es nicht, dass auch *conventiones* obligirend sein können, denn sie hören dann auf *pacta* zu sein, und die Römer unterlassen hierbei nicht, wie vielfach und wichtig diese *conventiones* auch sein mögen, das Eigenthümliche hiervon anzudeuten [1]: "nudo consensu constitui obligationem in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent," sagt Paulus (L. 1 § 2 D. *de rei perm.*) "conventiones quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus" (Ulp. in der L. 7 D. *de pactis*). Noch stärker thut das Paulus daselbst in L. 6: "interdum ex pacto

1) Sehe hierüber Rosshirt, *über das System der Verträge*. Heidelberg 1839, S. 47.

actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adiuvatur."

Solche Ausnahmen können die Regel nicht schwächen. Niemand von uns hat je ein blosses *pactum* für genügend gehalten, um Eigenthum überzutragen; das Rescript von Diocletian, in der L. 20 C. *de pactis*: "traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non *nudis* pactis transferuntur" hat man stets als eine Hauptregel des römischen Rechts betrachtet, obschon es wahr ist, dass auch hierbei Ausnahmen vorkommen, da zuweilen der Wille allein hinreichend sein kann, so wie bei der allgemeinen *societas*, und bei den *commissa vectigalium* keine *traditio* gefordert wird [1]).

In jedem Falle, wie es auch mit der Erklärung der Sache stehen möge, gewiss ist es, dass *naturalis obligatio* und *pactum* sich hier nicht gleich stehen.

Ein anderer Beweisgrund liegt in dem Umstande, dass wenn bei einer *stipulatio* die Handlung selbst mangelhaft ist, keine *naturalis obligatio* entstehet. Hiervon ist ein Beispiel zu finden in L. 1 § 2 D. *de verb. obl.* "Contra si sine verbis *adnuisset*, non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit," sagt Ulpian. Ist vielleicht das Zuwinken, oder ein bewilligendes Kopfnicken keine genügende Willenserklärung? Ist dieses Zeichen etwa zu unsicher und zweideutig? Gewiss nicht; *nutus* wird im römischen Rechte oft als hinlänglicher Willensausdruck, nämlich da, wo es auf den Willen allein ankömmt, behandelt. "Etiam nutu relinquere fideicommissum receptum est" sagt Ulpian, 25, 3, und ein fideicommissum ist, "quod ex voluntate datur relinquentis." Durch einen blossen *nutus* bestehet schon die *voluntas*.

1) L. 14 D. *de publ. et vectig.*

Dasselbe findet bei der *delegatio* Statt. "Delegare scriptura, vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest." Eine *voluntas* wird zur *delegatio* gefordert, nämlich um den cedirten Schuldner zu befreien. "non tamen, si quis stipulatur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, *nisi ex voluntate* mea stipuletur." unterdessen wird ein *nutus* für hinreichend gehalten; natürlich, weil in diesem die Einwilligung vorhanden ist.

Es muss mithin ein anderer Grund angegeben werden, wesshalb, im vorgestellten Falle einer *stipulatio*, der *nutus* nicht einmal eine *naturalis obligatio* hervorbringen kann —, und dieser liegt, meines Erachtens, in der technischen Art der *obligatio;* in jedem Falle muss eine *stipulatio* vollzogen sein, denn es muss doch *obligatio* heissen können; ein Fragen ohne ausgesprochene Antwort ist keine *stipulatio;* es ist ein Unding, dem das römische Recht durchaus keine Wirkung zuerkennt. Wenn z. B., fügt Ulpian hinzu, im Falle eines solchen *nutus* ein *fideiussor* hinzugetreten wäre, würde er gar nicht verbunden sein: "et ideo recte dictum est, non obligari pro eo, nec fideiussorem quidem." Nun ist doch, wenn der Eine frägt, ob man annehme tausend Gulden zu zahlen, und der Andere ja winkt, wenigstens nach der Ansicht der Römer, eine Zustimmung vorhanden, mithin ein *pactum*, und warum bewirkt nun dieses *pactum* keine *naturalis obligatio?* Hier ist nur eine Antwort möglich; ein *pactum* kann keine *naturalis obligatio* bewirken. Sollte man sagen können: ein *pactum* wollten sie nicht schliessen, eine *stipulatio* haben sie nicht vollbracht, u. s. w.? So argumentirten die römischen Rechtsgelehrten bei Testament und Codicill, und in anderen Fällen; nicht in diesem Falle, eine ungültige *stipulatio* galt als *pactio:* „placet ad

tempus obligationem constitui non posse ... plane post tempus stipulator vel *pacti conventi* vel doli mali exceptione summoveri poterit."

Diess sind die zwei Gründe, deren wegen ich meine, dass das *pactum* aus der Reihe der *naturales obligationes* gestrichen werden sollte. Indessen will ich nicht zurückhalten was gegen diese Meinung kann angeführt werden, und auch wirklich angeführt ist.

Erstens findet sich eine Stelle in den uns hinter lassenen römischen Rechtsbüchern, nämlich in Pauli R. S. mit dem Ausdrucke *pacti obligatio.* Lib. I, Tit. I, heisst es: "De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet: ex his enim *pacti obligatio* solummodo nascitur. Omne pactum posteriore pacto dissolvitur, licet pariat exceptionem."

Die letztere Periode gehört nicht zu unserer Frage, doch wird hier mit angeführt, weil sie zeigt, wie die ganze Stelle beschaffen ist, dass sie nämlich durch die Visigothen corrumpirt, wenigstens unvolkommen wiedergegeben ist. Paulus konnte nicht schreiben: "pactum pacto dissolvitur, licet pariat exceptionem;" denn es ist gerade Paulus der uns, in der oben angeführten L. 27, das Gegentheil versichert, und zwar mit beigefügtem Grunde. Er kann also blos geschrieben, wenigstens gedacht haben "scilicet per exceptionem." So ist die Stelle verdächtig. Man sage nicht: aber der erste Theil kann darum doch wohl ächt sein. Denn, ausserdem dass *pacti obligatio* nirgends gefunden wird, kann die *naturalis obligatio*, aus einem *pactum* entspringend, hier nicht gemeint sein, weil sichtbarlich eine gewöhnliche unmittelbare Wirkung des *pactum* genannt werden musste [1]), so dass

---

1) Die Wirkungen der *nat. obl.*, von welchen wir Bericht haben, sind alle mittelbar, und finden nur unter beikommenden Umständen Statt.

höchst wahrscheinlich, statt *obligatio* der ächte Text *exceptio* gewesen sein wird, wenn nicht die ganze Stelle für corrupt gehalten werden muss.

So dachte Giphanius hierüber, und Schulting, obschon er ihn bestreitet, nicht viel anders: "Ceteroquin nec ego," sagt er, "hanc sententiam puram putam Pauli esse, praestare velim;" von der Sache selbst sprechend, lässt er darauf folgen: "est quoque insolita locutio *pacti obligatio*," und zum Schlusse heisst es: "forte hic nonnihil immutavit Anianus."

Diese Stelle des Paulus kann also dem hier Vorgetragenen, nicht entgegen stehen.

Von mehr Gewicht hingegen ist es, dass zuweilen, obschon selten, von *ex pacto naturaliter debere* gesprochen wird, nämlich in der L. 5 § 2 D. *de solutionibus;* von nur versprochenen, und nicht stipulirten *usurae.* Dieser Ausdruck ist entscheidend gegen unsere Meinung, wenn man nämlich *naturaliter debere* für synonym halten will mit *naturalis obligatio.* Aber dieses ist eben, wie ich meine, was man nicht darf. Wohl heisst es überall *debere* wo eine *obligatio civilis* oder *naturalis* vorhanden ist; ganz natürlich; *obligatio* setzt voraus einen *debitor* und einen *creditor;* aber man kann nicht umgekehrt sagen: so oft von einem *debere* gesprochen wird, ist eine *obligatio* vorausgesetzt. Man bedenke nur, dass *obligatio* ein technisches Wort ist, aber nicht *debere.* Wenn es z. B. heisst [1]: "pietatem liberi parentibus debent," so wird doch niemand hierbei, im Sinne des römischen Rechts, an *obligatio* denken wollen; *obligatio* betrifft doch das *patrimonium*, die *pecunia*, und nicht moralische Pflichten. Wenn ferner von dieser sogenannten *legitima portio* das *deberi* gebraucht wird, unter andern, wenn

1) L. 10 D. *de obseq. parent.*

Ulpian von der *b. p. patroni* handelnd, sagt: "ut virilis pars patrono debeatur" (29, 3) so kann dieses während des Lebens des Erblassers keine *obligatio* bezeichnen, welche gar nicht vorhanden ist, da der fragliche Theil auch nicht durch eine *actio in personam* gefordert wird. Dasselbe gilt, wenn das *debere* bei der Freilassung gebraucht wird; z. B. is *cui libertas debebatur*, kann keine *obligatio* bedeuten, weil die Freiheit, an und für sich, kein Gegenstand einer *obligatio* sein kann, unterdessen findet man sehr oft den Ausdruck *libertates quae debentur* [1]). Auf dieselbe Weise muss Ulpian in der bekannten Stelle, L. 26 § 12 D. *de cond. indeb.* verstanden werden: "*natura* enim operas patrono libertus *debet;*" *natura debet* bedeutet hier eine moralische Verpflichtung, eine *pietas*, weil der *patronus* als ein *parens liberti* betrachtet wird, und diese *pietas* kann die juristische Wirkung haben, dass sie die *condictio indebiti* ausschliesst, wie in jener Stelle auch gelehrt wird. Eine andere *pietatis causa*, die in demselben Titel vorkömmt, ist dass eine Frau ihrem Manne eine Mitgift anbringt, in der Meinung, dass sie hierzu verpflichtfet sei: "in ea opinione, ut credat se pro dote obligatam;" hier findet dieselbe Wirkung Statt "non repetit" sagt Julian (L. 32 § 2) "sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest."

Diese letztere Stelle beweist, dass diese Wirkung allein, so wenig als das *natura debere*, hinreichend ist um eine Gleichstellung mit *naturalis obligatio* zu rechtfertigen. Sonst müsste man annehmen dass jeder Schenker, weil er das Geschenkte nicht zurückfordern kann, zur Schenkung *ex naturali obligatione* gehalten war.

1) L. 10 § 1, L. 30 § 17, L. 31 § 2, L. 41 D. *de fideic. libertt.*

Etwas Anderes ist das "naturaliter obligare ad remunerandum" in der L. 25 § 11 D. *de hered. petit.*, woraus unsere Compendien [1]) eine "obligatio mere naturalis minus plena" machen. Obschon dieses keine gewöhnliche *naturalis obligatio* ist, kann es wohl so genannt werden, in sofern nämlich, wo gegeben *wird*, weil gegeben *ist*, sehr wohl eine obligirende Handlung, ein *do ut des* gedacht werden kann, welches bei der so eben behandelten *pietatis causa* der Fall nicht ist. Die Begebenheit allein, dass Jemand *libertus* oder Ehegatte wird, kann mit keinem *actus obligandi* verglichen werden, welches doch die erste und Urbedeutung von *obligatio* ist von welcher erst die anderen, als *vinculum* u. s. w., abgeleitet sind.

Das *naturaliter deberi* der *usurae* in der L. 5 verbietet also unsere Erklärung nicht. Nur wo die obligirende Wirkung vollständig ist, und eine *actio* gegeben wird, wird das Wort *obligatio* auch da wo keine obligirende Handlung geschehen, zuweilen gebraucht; aber das sind dann bestimmte Fälle von *iuris gentium obligationes*, oder ein einzelner Fall der *civilis obligatio* in engerer Bedeutung, z. B. bei der *dictio dotis* im westgothischen Gaius, II, 9, 3 und dann wird noch stets dabei der anomalische Charakter der Sache angemerkt. Das ist also eine leicht zu erklärende Ausnahme. Hingegen die *hypotheca*, bei welcher so wohl *pactum* als *obligatio* gewöhnliche Ausdrücke sind, gehört gar nicht hier her, weil mit solch einem *pactum* nichts Persönliches, sondern nur eine praetorische *in rem actio* hervorgebracht wird [2]).

---

1) Man sehe Böckelmann und Westenberg.

2) Die Hypothese von Büchel und Sintenis, dass *pignoris obligatio* eine Nachfolgung sein sollte, von dem was zwischen einem *debitor* und einem *creditor* Statt findet, ist von Puchta widerlegt *Institt.* II, p. 710. § 250. c.

Nach Beseitigung dieser pseudo-naturalis *obligatio* bleiben uns folgende als ächte übrig:

a) Die *obligatio* eines servus, es sei gegen seinen Herrn, es sei gegen einen Andern, beides auch umgekehrt [1]).

b) Die *obligatio* zwischen dem *paterfamilias* und den seiner väterlichen Macht unterworfenen Personen; wie auch die Verbindlichkeit zwischen diesen Personen [2]).

c) Die eines *pupillus*, der sich ohne die *auctoritas* seines Vormunds verpflichtet hat [3]).

d) Die eines *filiusfamilias*, der sich wegen eines Gelddarlehns auf das *SCtum Macedonianum* berufen kann [4]).

e) Obschon es nicht deutlich ausgesprochen, scheint doch analogisch die intercessio mulieris contra SCtum Velleianum hierbei zugehören [5]).

f. Die Fälle, in welchen eine *obligatio* durch eine blosse Wirkung des Civilrechts aufgehoben wird; ein Beispiel findet sich in L. 59 D. *ad SCtum Trebell.;* mit beiden vorigen ist diess übereinstimmend, jedoch darf man es nicht für eine durchgreifende Regel halten [6]).

Meines Erachtens aber kann man nicht billigen, was noch neulich von einem hochgeachteten Rechtsgelehrten behauptet wurde [7]), dass dieselbe Folge bei gewissen peremtorischen Exceptionen stattfände, dass

---

1) L. 50. § 2 D. *de peculio.* L. 14 D. *de obl. et act.*

2) L. 38 D. *de cond. indeb.*

3) L. 41 D. *eod.* L. 59 D. *de obl. et act.* L. 5 D. de *auct. tut.* L. 1 D. *de novatt.* L. 21 D. *ad L. Falcid.* L. 64 D. *ad SCtum. Trebell.*

4) L. 9 D. *ad SCtum Macedon.*

5) Von dieser species wird blos gesagt: »obligatio inanis" »non obligatae cum effectu." L. 8 § 9. 12 D. *ad SCtum Velleian.*

6) L. 95 § 2 D. *de solutt.*

7) v. Savigny, *System* V. S. 378.

durch deren Existenz zwar die Wirkung der *obligatio* verhindert würde, aber eine *naturalis* doch noch übrig bleibe. Zu diesen rechnet man: 1⁰. Exceptio rei iudicatae, und exceptio rei in iudicium deductae; 2⁰. exceptio SCti Macedoniani; 3⁰. die exceptio wegen des sogenannten beneficium competentiae; 4⁰. das Recht sich auf das Edict QUOD QUISQUE IURIS IN ALTERUM als Retorsion gegen ius iniquum (zufolge L. 3. § 7 D. (2. 2)) zu berufen; 5⁰. zuletzt die Verjährung. Von diesen fünf Fällen, sind der erste und der letztere noch am heutigen Tage sehr bestritten; vom dritten und vierten wissen wir nur, dass die *condictio* wegfällt, und diess hat (wie wir eben gesehen haben) keineswegs nothwendig eine *naturalis obligatio*, welche hierbei auch nicht genannt wird, zur Voraussetzung. Nur die zweite, die *exceptio SCti Macedoniani* muss noch erörtert werden, und dabei habe ich folgendes zu erinnern.

Zuvörderst kann man fragen: wie kann eine *exceptio*, ein nur gegen die Wirkung der, aus der *obligatio* entstandenen, *actio* gerichtetes Rechtsmittel, die Natur der *obligatio* selbst veränderen? Die *exceptio* ist von processualer Art, sie kann also keinen unmittelbaren Einfluss auf eine *obligatio* ausüben. Regelmässig wirkt sie nur, wenn sie von der interessirten Partei im Prozesse vorgebracht wird; das Gegentheil kömmt zwar bei der *condictio indebiti* vor, welche durch die blosse Existenz einer perpetua exceptio (jedoch mit einigen Ausnahmen) ausgeschlossen wird, doch diess beweist nichts mehr, als dass in einer Sache, wie diese *condictio* ist, in welcher die *aequitas* so viel vermag, die Existenz der exceptio, mit nicht obligirt sein gleichsteht. Man kann auch peremtorische Exceptionen gegen eine *in rem actio* haben, unter anderen in dem classischen Falle bei

Gaius IV. 117, wo die *exceptio doli* gegen die Eigenthumsklage gegeben wird; das Eigenthum war iure civili, zufolge eines begangenen Betrugs, übertragen; soll man nun sagen, dass die *exceptio doli*, welche dem Besitzer zukömmt, das Eigenthum zu etwas anderm, als es sein würde, wenn kein *dolus* begangen wäre, z. B. zu einem *naturale dominium*, mache? Allein die *actio* wird durch die *exceptio* in ihrer Wirkung gehemmt: das Recht bleibt, sogar nach Beendigung des Prozesses, bestehen; wenn nun der unredliche Eigenthumerwerber sein Eigenthum einem Andern überträgt, und dieser will den Besitzer angreifen, so hat er zu diesem Zwecke nicht nur eine Klage sondern er muss auch gewinnen [1]). Da dieses so (was wohl Niemand bezweifelen wird) bei dem Eigenthume ist, warum sollte es dann bei der *obligatio* ganz anders sein?

Ferner ist der wahre Ursprung der hier gerügten Lehre in solchen Stellen zu suchen, in welchen von einem unvollkommenen Befreien, so dass noch ein *natura debere* oder auch wohl eine *naturalis obligatio* übrig bleibe, und vorzüglich in den Fällen, in welchen *perpetua exceptio* das gewöhnliche ist, zwar nicht so, dass der Zusammenhang von Ursache und Wirkung darin sichtbar werde, gesprochen wird. Paulus giebt hierzu in der eingeschobenen L. 10 D. *ad SCtum Macedonianum* hauptsächlich Veranlassung. Ulpian sagt nämlich in der L. 9, dass weder der *fideiussor* noch der *filiusfamilias* selbst, wenn sie die rechtswidrige Schuld bezahlt, etwas zurückfordern kann, obschon beide durch eine *exceptio perpetua* geschützt sind, weil ihre Befreiung nur das Mittel, nicht der Zweck dieser gesetzlichen Vorschrift sei; da nun

---

1) L. 4 § 29 D. de doli mali excep.

Ulpian diess gesagt hat, fällt ihm Paulus mit "quia naturalis obligatio manet" in die Rede. Ulpian giebt hier einen Grund der Sache an, und Paulus einen andern, die man aber vereinigen kann; auch kann man sehr gut annehmen, dass beide von derselben Sache und in demselben Ideengange gesprochen haben —, aber wir haben auch nicht den geringsten Grund, um weiter zu gehen, und auf diese Stelle die Lehre zu gründen, dass es gerade die *exceptio* ist, welche die *obligatio* von ihrer civilen Wirksamkeit beraubt. Gesagt wird es nicht, weder von Paulus noch von Ulpian, und aus dem Streben der römischen Juristen, das anomalische, im Verkehre oft sehr hinderliche SCtum einzuschränken, lässt sich die Sache gleich natürlich erklären. Das *Senatusconsultum* hatte gesagt: NE CUI ACTIO PETITIOQUE DARETUR; die Praxis befolgte diess nicht buchstäblich; in den meisten Fällen gab man wohl eine *actio*, aber zugleich mit einer *exceptio*, was die vielen Ausnahmen meistens erforderten. Dass diess aber immer geschah und nie die *actio* versagt wurde, kann ich mit v. Savigny nicht annehmen [1]). Doch angenommen man that es immer, dennoch würde die Frage übrig bleiben, ob nicht, in der Voraussetzung des Gegentheils (da man doch auch anders konnte), dieselbe Folge, dass nämlich auch dann für eine *naturalis obligatio* Raum bleibe, statthaben würde. Ein *mutuum* war doch aufgenommen, das Geld hingezählt, die *obligatio* war von einer *iure gentium* fähigen Person geschlossen, eine obligirende Handlung fehlte also hier nicht, der Senat hob die *actio*, die Klagbarkeit auf, legte ein *civile impedimentum* in den Weg, ob diess der

1) L. 1. § 1 D. h. t. »interim deneganda est actio." — Paulus, R. S. II. 10: »qui filiofamilias crediderit, cum eo agere non potest." — § 7 Inst. *quod cum eo:* »et ei qui crediderit denegatur actio."

Senat mittelbar *per exceptionem* oder unmittelbar *ipso iure* that oder geschehen liess, konnte hierin keinen Unterschied machen.

Gerne glaube ich, dass die gewöhnliche Praxis sich mit dem Geben einer *exceptio* begnügte; wodurch der Praetor einen Untersuchungspunkt und die Anwendung des *SCtum* von sich schob [1]). Dass er sich indessen hieran nicht gebunden hielt, sieht man aus der Behandlung eines andern vollkommen gleichartigen Falles, des Eides. In seinem Edicte hierüber gebraucht er denselben Ausdruck, wie der Senat im Macedonianum: *actionem non dabo*; davon nun handelnd sagt Ulpian "postquam iuratum est *denegatur actio*, aut si controversia erit, id est si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est" (L. 9 D. *de iureiurando.)*

Das Eine, oder das Andere konnte also, den Umständen nach stattfinden, und was mehr sagt, zuweilen wussten die Rechtsgelehrten selbst nicht, ob es *ope exceptionis* oder *ipso iure* sein musste. Ein Beispiel hiervon finden wir in der vielbesprochenen L. 34 D. *de obl. et act.*, da wird von der concurrirenden *commodati actio* und *condictio furtiva*, dass die eine die andre "aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius" ausschliesse, gesagt. Es ist die Stelle, auf welche die bekannte Eintheilung "obligatio solvitur vel ipso iure, vel ope exceptionis" sich stützt. Man sieht hier, wie unerheblich für die theoretische Beurtheilung des Wesens der *obligatio*, diese practische Behandlung ist. Aus diesen Gründen meine ich, dass die hier besprochene *species* der *naturalis obligatio*, welche der Wirkung der *exceptio* auf die *civilis*

---

1) Das bekannte Beispiel bei Appian de B. C. Lib. I. C. 54. zeigt, dass die Praetoren dieses zuweilen thaten, um sich in eine verfängiche Sache nicht einzulassen.

zufolge, noch als Urelement [1]) übrig bleiben sollte, nicht zugelassen werden darf. Was den Hauptzweck gegenwärtiger Untersuchung betrifft, ist es übrigens gleichgültig, ob diess geschehe oder nicht. Wenn eine *civilis obligatio* in eine *naturalis* verwandelt wird, kann natürlich eine obligirende Handlung, aus welcher doch die erstgenannte entstehen musste, nicht fehlen, und das ist gerade der Punkt, dessen Nothwendigkeit hier erörtert wird.

Wir erhalten mithin als Ursachen der *naturalis obligatio* nur obligirende Handlungen, solche, aus welchen unter gewöhnlichen Umständen eine *civilis obligatio* entsteht. Ob diese die Einzigen sind, ist nicht so wichtig, als vielmehr, dass keine Anderen, denen genanntes Merkmal fehlt, gefunden werden. Weder in den Quellen noch mit Hülfe der Schriftsteller, welche sich mit dieser Frage befasst haben, konnte ich sie auffinden, und ich glaube, man wird sie vergeblich suchen. Uebrigens brauchen wir uns mit dieser blos negativen Erklärung nicht zu begnügen, denn est ist ein positives Zeugniss vorhanden, ein täglich vorkommender, und mithin auch ein von den römischen Juristen öfter behandelter Fall der *naturalis obligatio*, in der L. 49 § 2 D. *de peculio*, hinsichtlich der wechselseitigen Schulden *inter dominum et servum, inter patrem et filium.* Diese gehörten zum täglichen Leben und mussten also für die Römer die wichtigsten sein, wichtiger als die anderen aufgezählten *species*, welche alle vom Zufalle abhängig, Begebenheiten sind die man nicht wünscht und nicht will; unterdessen die erstgenannten, im vollen Bewusstsein ihrer Mangelhaftigkeit, absichtlich abgeschlossen wer-

1) Diese Ansicht findet sich bei Göschen *Vorlesungen* II. 2. p. 5. § 371.

den. Von diesen nun handelnd lehrt uns Pomponius in der angeführten Stelle, was man unter einem solchen *debitum* verstehen solle.

Nicht die blosse Erklärung des Schuldners ist hier hinreichend, wenn dieser sich in sein Buch als solchen eingetragen hat; nein: "ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, *ex causa civili* computandum est." Es musste gerade eine solche Handlung sein, welche wenn die zwei Personen, die nun *naturali obligatione* verbunden sind, zu einander in keinem Gewaltverhältnisse ständen, eine *civilis obligatio* hervorbringen würde. Man sage nicht, die von Pomponius gegebene Regel betreffe die Schätzung des *peculium* mithin eigentlich eine *praetoria*, und nicht eine *naturalis obligatio*; denn dass dieselbe *species* der *naturalis obligatio* zweierlei Bedeutung sollte gehabt haben: eine, in der *actio de peculio*, eine andere in den Fragen aus dem *ius civile*, kann man nicht annehmen; auch fehlt es nicht an Beweisen, dass in beiden Fällen die Behandlung dieselbe war. Einen solchen liefert die berühmte L. *frater a fratre* 38 § 1, 2 D. *de cond. indeb.* Was gegen einen *extraneus* bei der *actio de peculio* abgezogen werden kann, das ist *naturalis obligatio inter patrem et filium.*

Zur angegebenen Classification zurückkehrend, wollen wir noch erst bemerken, dass, allein der analogisch mitaufgezählte Fall des *Velleianum* ausgenommen, in jeder der sechs *species* zwar von *naturalis obligatio* gesprochen wird, doch dass es gleich oft: "non est obligatus" auch "*inutilis*" ja sogar "*nulla obligatio*" heisst. Ferner wird gesagt, dass diese *obligatio* nur uneigentlich so genannt werde, wie auch dass in den gegebenen Umständen keine *obligatio* möglich sei, und dass es nur ein *factum* sei, bei welchem der Ausdruck *debere* gebraucht wird. Auf der an-

deren Seite muss man darauf achten, dass diese *quasi-obligationes* nicht alle auf einer Stufe stehen, da der einen eine Wirkung zuerkannt ist, welche der anderen abgesprochen wird. Dieses ist namentlich der Fall bei der *sponsio* eines *servus*, für welche sich kein *sponsor* oder *fidepromissor* verbinden konnte, wenigstens wird es bei Gaius bezweifelt, noch mehr in der *stipulatio novandi causa* mit einem *servus*, welche für ganz wirkungslos erklärt wird. Drittens ist es bemerkenswerth, dass manche von unsern *naturales obligationes* mit anderen untauglichen Obligationen, welche nie diesen Namen tragen, gleichgestellt werden, nämlich mit einer *stipulatio* nach dem Tode des Versprechers etwas zu geben oder zu thun, wie auch mit der für ausgezeichnet nichtig gehaltenen *sponsio* eines *peregrinus*.

Wenn wir nun diese Umstände bedenken, dringt sich uns die Ueberzeugung auf, zuvörderst, dass die Römer in ihrem Sprachgebrauche von *naturalis obligatio*, *nulla*, *inutilis*, von *uneigentlich sogenannter*, die gewöhnlichen fünf Wirkungen, die wir in unseren Systemen so vollständig zusammengestellt finden, entweder wenig vor Augen hielten, oder gar wenig Werth darauf legten. Zweitens, dass das Recht in der *naturalis obligatio* auf eine sehr eigene Weise, die wir nicht besser als mit dem Worte *positiv* bezeichnen können, wirksam war, und dass das natürliche oder wenn man will, das *moralische* Element derselben, ganz und gar hiervon beherrscht wurde. Dieses ist zwar vorhanden, und ihm wird sogar practische Wirkung in der L. 95 § 4 D. *de solutionibus* zuerkannt, das Aufheben durch *nudum pactum* wovon wir im Anfange gesprochen haben; doch diese einzige, und einzeln stehende Erscheinung, kann unser Urtheil über die Behandlung, wie sie

sich im ganzen römischen Rechte zeigt, nicht bestimmen. Man bedenke doch, für die Absicht und die Würdigung der That, für das im Gewissen Verbundensein, konnte das *dabo* oder *dare spondeo* keinen Unterschied machen; aber im positiven Rechte war dieses entscheidend. Durch eine *novatio* mit einem *pupillus* ward der *prior debitor* befreit; durch die mit einem *servus* nicht; indessen war in beiden Fällen die Absicht, einen neuen Schuldner für den früheren anzunehmen in gleichem Masse vorhanden. Wir müssen mithin wohl erkennen, dass die Absicht, welche bei uns die Hauptsache ausmachen würde, der Punkt nicht war, auf den es ankam, aber dass im Gegentheile nationale Begriffe, römische Gewohnheiten, und subjective Anschauungsweise der römischen Rechtsgelehrten die organisch wirkenden Ursachen sind, welchen die *naturalis obligatio* ihr Wesen und ihre Folgen zu verdanken hat.

Ich kann nicht unterlassen — obschon Weitläufigkeit befürchtend — den zwei so eben angeführten Beispielen der *sponsio* und *novatio* ein drittes beizufügen, welches nicht weniger beweist, und für uns einen grösseren practischen Werth haben kann. Der unter Curatele gestellte Verschwender, (*is, cui bonis interdictum est*) kann sich nicht obligiren; man begreift dass er keine Schulden machen können muss; allein seine Unfähigkeit kann ein Ende nehmen, warum heisst es nicht, mit Rücksicht hierauf, dass er sich *naturaliter* obligiren kann? Sein Wollen wird doch wohl so gut bestehen können, als das eines noch nicht vierzehnjährigen Kindes? Indessen nicht einmal eine *fideiussio* wird hierbei zugelassen "nec fideiussor pro eo intervenire poterit [1])." Der augenscheinliche Grund

1) L. 6 D. de verb. obl.

ist: ob eine *naturalis obligatio* wohl oder nicht vorhanden ist, liegt nicht im Wesen der Sache, sondern im positiven Rechte.

Eine Hauptwirkung, der *naturalis obligatio* zuerkannt, auf welche man heutzutage fast ausschliesslich achtet, ist die verhinderte Rückforderung des Gezahlten, d. h. das Wegfallen der *condictio indebiti.* Hierbei ist bemerkenswerth, ausser dem schon Angeführten, dass für diese Wirkung eben keine *obligatio* erforderlich ist, dass sie in einem wichtigen Falle zweifelhaft ist, nämlich in der *obligatio pupillaris*, da wir fast ebenso viele Beweisstellen *dafür* wie *dagegen* haben, dass sie bei der *mulier contra Senatusconsultum obligata* gewiss nicht stattfindet, welche das Gezahlte ohne Zweifel zurückfordern kann. Beim Gelddarlehn an einen *filiusfamilias* lag es blos an dem Unterschiede des politischen Zweckes *(poenae* nicht *tuendi causa)* dass es nicht auch so war. Die *fideiussio* hingegen war bei beiden Forderungen keinesweges *ipso iure* ungültig [1]).

Was die übrigen, noch nicht angeführten Wirkungen betrifft, *α. pignus vel hypotheca β. compensatio γ. constitutum*, von welchen man vorgiebt dass sie auch bei den *naturales obligationes* stattfinden — ist für uns wenigstens, bei keiner derselben, der Grad von Gewissheit vorhanden, mit welchem sie in unsern gangbaren Rechtsbüchern vorgetragen sind. Es sei mir erlaubt dieses mit wenigen Worten zu zeigen.

α. Pignus vel hypotheca. Dass ein Pfandrecht zur Sicherheit einer *naturalis obligatio* gegeben werden kann, ist ausgemacht, und wir haben hierfür mehr als

---

1) Man achte in L. 9 § 3 D. *SCt. Maced.* auf den Fall „nisi forte donandi animo intercesserunt" und in der L. 16 § 1 D. ad SCt. Velleian. auf den Meinungsunterschied der in den Worten: Gajus Cassius respondit.:. Julianus autem recte putat." angedeutet ist.

einen unzweideutigen Beweis. Aber ob dieses nun ein Pfandrecht mit völliger Wirkung ist, eben so gut als ob es für eine *civilis obligatio* gegeben wäre, oder, ob es nur ein Retentionsrecht bewirkt, ist eine Frage, welche die neuesten Schriftsteller über Pfandrecht noch behandeln. Folgt man Weber und Rosshirt, dann muss solch einem Pfandrechte keine *quasi Serviana* zu Theil werden, und dann würde sicherlich das fehlen, woraus — practisch gewiss die Hauptsache — das ganze *ius in re* bestehet; sein *pignus* würde nicht stärker sein, als die *naturalis obligatio*, für welche das Pfand gegeben wurde. Es ist hier der Ort nicht, die von beiden Seiten angeführten Gründe zu behandeln, aber doch zu erinnern, dass sowohl bei der Obligation einer Frau gegen das *SCtum Velleianum* eingegangen als auch bei der Geldschuld eines Haussohnes, der sich auf das *Macedonianum* berufen kann, das Pfandrecht, einem ausdrücklichen Texte zufolge [1]) in diesem Sinne unwirksam ist; wenigstens finden wir deutlich ausgesprochen, dass in beiden Fällen der Eigenthümer der für eine solche Schuld verbundenen Hypothek, sich gegen die hypothekarische Klage mit einer *exceptio* vertheidigen kann.

Bei den übrigen, den unbezweifelten *naturales obligationes* haben wir, ausser der L. 59 D. ad *SCtum Trebell.* keine Stellen, in welchen von der dinglichen Klage gesprochen wird; und was diese L. 59 betrifft, ist es nöthig zu bemerken, dass in dieser Stelle die *quasi-Serviana* nicht gegeben wird, weil eine *naturalis obligatio* vorhanden ist, sondern umgekehrt "remanet propter pignus naturalis obligatio." Nämlich, wie theilweise gesagt wird, wegen der factischen Umstände, — auf welche es bei der *Serviana*, der Wort-

1) L. 2 D. *quae res pignori.*

fassung dieser Formula zufolge ankam [1]), und welche hier nicht, unabgesehen von dem Geschehenen, mangelten, — konnte die *Serviana* noch stattfinden, und allein desshalb wird noch eine *naturalis obligatio* angenommen, welche sonst durch die *hereditatis aditio* und die *confusio obligationis*, so gut wie die *civilis* wäre vernichtet worden. Das Eigenthümliche dieses Falles erlaubt nicht, ihn als Beweis für den Satz, dass *pignus* bei einer *naturalis obligatio* den vollen Effect — die hypothekarische Klage — habe, zu zulassen.

β. Mit der Compensation, als Wirkung der *naturalis obligatio*, verhält es sich wohl anders, aber nicht besser. Die einzige Beweisstelle [2]) sagt wohl ausdrücklich: "etiam quod natura debetur, venit in compensationem" und liefert mithin ein *argumentum a fortiori* für die *naturalis obligatio;* allein wenn man bedenkt, dass im classischen Rechte nur bei gegenseitigen Forderungen *ex eadem causa* die Compensation zugelassen wurde, so ist das Resultat sehr unbedeutend; ja, eben so gut kann man sagen: die civile Forderung geht nicht weiter, als dass sie zufolge eines *natura debitum*, welches ihr gegenüber stehet kleiner wird. Das einzige Beispiel der Anwendung im römischen Rechte, in der L. 9 D. *de compens.* stellt diess in's Licht. Eine *societas* ist mit einem *servus* eingegangen, und der *dominus* stellt seine *actio pro socio* an, natürlich kann er bei der Rechnung, die jetzt gemacht wird, nicht mehr zu fordern haben als wenn mit ihm selbst contractirt wäre; er fordert den Saldo welches seinem *servus* zukömmt; kann also nicht jede

---

1) Sehe L. 13 § 4 D. *de pign.* L. *penult.* f. D. *de exc. rei ind.* und L. 6 Cod. *si aliena res pign.* Es waren diese drei *facta: a. rem in bonis obligantis fuisse; b. obligatam fuisse; c. creditori satisfactum non esse.*

2) L. 6 D. *de compens.*

Gegenforderung, mit welcher dessen Debetseite belastet ist, selbstständig behandelen, und der Beschränkung der *actio de peculio* unterwerfen. Practisch würde dieses unausführbar sein, und jegliche *societas* mit solchen Personen unmöglich machen; theoretisch würde hierduch das Societätsverhältniss in allerlei Obligationen aufgelöst, seines Collectivkaracters beraubt, auf nichts reducirt werden. Dass im entgegengesetzten Falle, wenn der Saldo für den servus nachtheilig ist, nicht dasselbe gelten kann, ist natürlich. Die Klage des *socius* ist die *actio pro socio*, das Resultat des Contractverhältnisses, und mithin, wie alle übrigen Klagen, der Reduction welche die Unzulänglichkeit des *peculium* eines *servus* mit sich bringt, unterworfen. Wirklich findet hier nichts anders Statt, als wenn man sagt: ein Unmündiger, der ohne den Beistand seines Vormunds gekauft hat, kann zwar nicht zum Zahlen gezwungen werden, allein wenn er die Tradition fordert muss er den Kaufpreis anbieten: welches weniger die Wirkung seiner *naturalis obligatio* als vielmehr die beschränkende Eigenschaft des Rechtes ist, welches er gegen den Verkäufer erworben hat.

Wenn wir bedenken, welches Ausdrucks die römischen Rechtsgelehrten sich öfter bei der *naturalis obligatio* und *natura debitum* bedienen, wo von *nulla*, von *inutilis obligatio*, von *per abusionem debitores*, und so weiter gesprochen wird, dann wird es unwahrscheinlich, dass ein Schuldner so allerlei Quasiforderungen sollte in Compensation bringen können. Es ist unwahrscheinlich, dass man einem Unmündigen, oder gewesenen Unmündigen, welcher z. B. eine Geldschuld oder einen Kaufpreis einfordert, was dieser früher, ohne seinen Vormund handelnd *naturaliter* schuldig ward, wenn ihm hieraus kein Vortheil geblieben, sollte abziehen können. Bei einer *nego-*

tiorum gestio, in welcher es auf den Willen, und auf die Verstandesreife des Unmündigen, dessen Geschäfte *utiliter* besorgt sind, nicht ankommen kann, giebt das römische Recht (was auch die Billigkeit hiergegen zu erinneren habe) keine Klage, wo nicht der Unmündige aus der Geschäftsführung des *gestor* noch zur Zeit des Prozesses bereichert sei "*tempore litis contestatae locupletior* [1])," Ist es nun denkbar, dass dessen *naturalis obligatio* so begünstigt wäre, dass sie, mit Unbeachtung seiner natürlichen Handlungsunfähigkeit, und obschon er aus dem Geschäfte keinen Vortheil gezogen, als eine vollgültige, wirksame Schuld in Aufrechnung gebracht werde?

Die Compensation war mithin als Folge einer *naturalis obligatio* unbedeutend. Das *constitutum*, welches uns noch zu besprechen übrig bleibt, hatte keine grössere Wichtigkeit. Nach römischen Begriffen war ein blosses Versprechen nicht verbindend; es konnte sogar eine *civilis obligatio* in engerer Bedeutung, nachträglich nicht modificiren. Jure praetorio kam hierin ein gewisses, in enge Grenzen eingeschlossenes, *temperamentum*. Ein Versprechen sollte nicht nur Folgen haben, sondern sogar vor anderen Forderungen processuale Begünstigung geniessen, unter diesen drei Bedingungen: 1⁰ musste schon eine, eigene oder fremde, Schuld bestehen 2⁰ musste es ein Versprechen sein, Geld zu zahlen oder Quantitäten zu lieferen 3⁰ musste die Klage, wenigstens wenn es eine fremde Schuld betraf, innerhalb eines Jahres angestellt werden; Justinian giebt uns von diesen Umständen Bericht. Um nun zur Sache selbst zu kommen: von dem Erfordernisse unter N⁰. 1 wird (in einer einzigen Stelle) gesagt, dass auch ein *debitum*

---

1) L. 37 D. de neg. gest.

natura hinreichend ist, und diese Wirkung, welche wir in unseren Rechtssystemen stets unter den Folgen der *naturalis obligatio* antreffen, bestehet darin, dass durch die spätere Erkennung des nun Handlungsfähigen, die Mangelhaftigkeit der Obligation gedeckt wird, und dass sie nun mit jedem andern *constitutum* gleichstehet. Wenn ein Unmündiger ohne *Auctoritas* Geld aufgenommen hat, und später mit Beistand seines Vormunds oder mündig geworden, auf eine gesetzmässige Weise die Schuld zu zahlen verspricht, so gilt das Versprechen so viel es gelten kann. Wenn wir hiermit vergleichen, was wir in unserm eigenen Rechtswesen erleben, so können wir hierin nicht viel Besonderes sehen. Ein Minderjähriger der seine, jetzt nichtige Obligation, grossjährig geworden befestigt, ist durch diese verbunden; so schreiben wir in unseren Gesetzbüchern, und Niemand denkt hierbei an die *naturalis obligatio* des Minderjährigen; vielmehr denkt man an den Grossjährigen, und an seine nun vollbrachte Handlung. Es sind nicht die moralischen Eigenschaften der früher abgeschlossenen ungültigen Obligation, obschon es dieselbe Obligation bleibt, aus denen die Klagbarkeit entspringt, es ist die Gesetzmässigkeit, die rechtliche Natur der Bestätigung, welche dem materiellen Factum ein juristisches Leben schenkt. Ebenso war bei den Römern das (für sich nicht klagbare) *naturale debitum* ein factischer Bestandtheil des *constitutum*, und nur als solcher konnte es zur juristischen Existenz und Wirksamkeit gelangen.

War es ein *constitutum debiti alieni*; wir haben eine gleichartige Bestimmung in Bezug der Bürgschaft für die Schuld eines Minderjährigen [1]), und da gilt dieselbe Betrachtung.

---

1) Code Civil. art. 2012. Niederl. B. Gesetzbuch, art. 1858.

Bedenken wir nun, wie ganz positiv das Rechtsinstitut ist, welches man *pecunia constituta* (zur Unterscheidung von *pecunia credita*) nannte; wie es sich an die *receptitia actio* gegen den *argentarius* anschloss, wie es eigentlich nur eine Erleichterung eines anderen ganz positiven Princips war, eine Erleichterung zum Vortheile des Geldverkehrs, innerhalb gewisser Grenzen zugelassen, und endlich auch ein *naturale debitum* unter seine Elemente aufnahm; so finden wir uns gezwungen, auch hier, wie im Vorhergehenden, die *naturalis obligatio* für rein positiv zu erklären, und für eine solche welche blos bei den Römern, unter solchen Umständen, und mit solchen Wirkungen entstehen konnte.

Fassen wir dieses alles zusammen: dass die *naturalis obligatio* nur aus bestimmten obligirenden Handlungen entstehen kann; dass sie in ihren Wirkungen ungleichmässig ist, dass keine dieser Wirkungen unmittelbar stattfindet; dass die meisten von weniger Bedeutung sind; dass letztere, in den besten Zeiten der römischen Rechtswissenschaft, allerlei Zweifeln unterworfen, keinesweges zu dem Grade von Gewissheit und Entwicklung gekommen sind, zu welchem so viele andere Rechtsinstitute gelangten; dann ist das Resultat: dass *naturalis obligatio* gar nicht das ist, wofür sie bei uns in den gangbarsten Systemen des römischen Rechts gegeben wird, namentlich dass sie weit entfernt ist ein solches expansives Wesen, welches ihr von Einigen zuerkannt wird, als ob man damit jede Lücke im positiven Rechte ausfüllen könnte, zu haben. Jede Verbindlichkeit, welche das *ius naturae*, auch "die gesunde Vernunft" hervorbringt, ist *naturalis obligatio*, sagt Weber [1]), sie ist in *foro* klagbar,

---

1) Weber § 55.

mit Ausnahme von blos fünf *Arten*, welchen das Civilrecht, gewisser practischer Gründe wegen, diese Wirkung versagt. Seine fünf species sind beinah dieselben, welche wir als Fälle der *naturalis obligatio* aufgezählt haben. Das ist der Geist des römischen Rechts sagt er, welches bei jeder Angelegenheit die *aequitas* anbefiehlt [1]); es wäre auch ungereimt, da ich mein eigener Richter nicht sein darf, dass mir die Behörde nicht in allen Fällen eine Klage gebe, meine natürlichen Rechte im Staate zu vertheidigen: so Weber.

Ein späterer, Reinhardt, bestreitet diese Verkehrtheit [2]), doch in seiner eigenen Aufzählung der Fälle, in welchen im römischen Rechte eine *naturalis obligatio* vorkomme, ist der Einfluss der früher gangbaren Begriffe nicht weniger, als in der seines Vorgängers, vorherrschend.

Er stellt folgende vier Classen auf: 1°. jede Verbindlichkeit aus formlosen Verträgen (für welche keine Ausnahme gemacht ist) vorzüglich aus *pacta, non ex continenti adiecta;* 2°. Verbindlichkeiten aus Verträgen, Dritten gegenüber, welche in diesen nicht als Parteien handelten; 3°. Verbindlichkeiten gegen welche eine peremtorische Exception bestehet, und welche man wissentlich vollzogen hat; 4°. aus L. 3 Cod. *de aleat;* man hat eine Spielschuld bezahlt, und dann 50 Jahre verstreichen lassen; nun verfällt das Rückforderungsrecht.

Gegen N°. 1 und 3 sind oben Zweifel vorgetragen, N°. 2 und 4 kommen im römischen Rechte als *naturalis obligatio* gar nicht vor. Hingegen wird die *obligatio* eines *servus*, und die zwischen dem *paterfa-*

---

1) Weber § 44.
2) So auch von der Pfordten, Archiv f. d. Civil. Prax. XXIV.

milias und dessen Gewalt Untergebnen, nicht genannt, wahrscheinlich weil sie unpractisch geworden; die *obligatio pupilli* nicht, weil sie an einer andern Stelle, mit der des *furiosus* zusammengeworfen ist.

Mühlenbruch, dessen *Doctrina Pandectarum* oder *Lehrbuch des Pandectenrechts*, an so vielen Universitäten gangbar geworden, und auch ausserhalb dieser viel gebraucht ist, so dass er wohl für den Repraesentanten der in dieser Lehre herrschenden Begriffe gehalten werden kann, unterscheidet sich dadurch, dass er die L. 84 § 1 D. *de reg. iuris* — wie im Anfange dieser Untersuchung geschehen — nur von wirksamen, klagbaren *obligationes* verstehet; hingegen zu den *naturales obligationes* bringt er auch eine blosse *pietatis causa*, nämlich zwischen Verwandten, in so weit *dos* und *alimenta* aus diesem Grunde nicht zurückgefordert werden können; umgekehrt, auch eine vollgültige *obligatio in diem* oder *sub conditione certa* so lang der *dies* nicht gekommen, oder die *conditio* nicht erfüllt ist. Augenscheinlich ward dieser gelehrte und erfahrne Schriftsteller hierzu durch das falsche Princip verleitet, dass wo keine *actio* gegeben und zugleich keine Rückforderung des Bezahlten vergönnt wird, eine *naturalis obligatio* vorhanden sey. So wenig haben selbst hochgeschätzte Rechtsgelehrte unserer Zeit, sich mit dem Wesen dieser *obligatio* bekannt gemacht. Aus einer einzigen Wirkung kann es nicht entnommen werden; dass das Wegfallen der *condictio indebiti* kein characteristisches Kennzeichen ist, haben wir mit Beispielen gezeigt, und dass selbst da wo eine *actio* gegeben wird, auch in der hier gemeinten Bedeutung, von *naturalis obligatio* gesprochen wird, beweist der bekannte Fall des bereicherten Unmündigen "*naturaliter* tamen *obligabitur* in quantum locupletior fa-

ctus est... nam... in pupillum... actionem dandam, D. Pius rescripsit [1])."

In der Wissenschaft ist also für diese Lehre noch viel zu thun übrig, bis sich eine allgemeine Ueberzeugung geltend machen kann. Die Praxis, bei uns wenigstens glaube ich, ist mehr negativ als unsicher. Unsere Gesetzgebung, spricht zwar bei der *condictio indebiti* von *naturalis obligatio*, und das mag zuweilen wohl angewendet sein; diess bewirkt aber nicht, dass hierüber und über die ganze Lehre nicht allerlei Rechtsfragen von unsicherer Beantwortung übrig bleiben. Wir wollen einige Beispiele dazu in Betreff der so eben genannten *condictio* und *compensatio*, anführen.

"In Hinsicht von natürlichen Obligationen," sagt das Gesetzbuch, "kann keine Rückforderung stattfinden [2])." Dieses wird später (so scheint es) angewendet auf die Zahlung nicht bedungener Zinsen und auf bezahlte Spielschulden. So scheint es, und in Frankreich verstehet man es auch so; allein ausgesprochen ist es nicht. Aber welche Obligationen haben wir noch ausser diesen, die als natürliche die *condictio* ausschliessen können? Muss der Richter, wenn so etwas gefordert wird, sich an irgend ein Naturrecht halten, sein eigenes oder ein fremdes, oder an das römische Recht, oder an Theorien aus beiden Elementen entsprungen? Wenn er aus blos moralischen

---

1) L. 5 D. de *auct. tut.* Nicht verschieden, was die Bestimmung betrifft, ist L. 13 § 1 D. *de cond. indeb.* Die L. 16 § 4 D. *de fideiuss.*, hat meines Erachtens eine andere Bedeutung; man muss, sagt sie, unter *naturales obligationes* nicht blos die verstehen, aus welchen wohl noch eine *actio* gegeben wird, *actio aliqua*, z. B. de peculio, die einigermassen klagbare; auch die nicht klagbaren, uneigentlichen, mit geringerer Wirkung, heissen auch so. Nimmt man es anders, dann ist es schwer zu entdecken, welche klagbare *naturales obligationes*, Julian, der vor D. Pius schrieb, wohl gemeint haben mag. 2) Art. 1395. § 1.

Gründen die *condictio* weigert, hat er die Auctorität des römischen Rechts, und ausserdem die des preussischen Landrechts für sich. Man wird das auch dem Text des Gesetzes zufolge nicht verwerfen können, denn was hindert ihn, seine *causa moralis*, z. B. eine blosse *pietatis causa* für eine natürliche Verbindlichkeit zu erklären. Im so eben genannten preussischen Landrechte hat man den Namen *natürliche Obligation* sorgfältig gemieden; bei der *condictio* heisst es *moralische Verbindlichkeit* und *unvollkommene Pflicht*, in allen anderen practischen Fällen wird von *Ungültigkeit* nicht von *natürliche Verbindlichkeit* gesprochen. Nun ist diese Behandlungsweise sicherlich vorzuziehen; Moralität beruht auf Volksüberzeugung; *naturalis obligatio* auf Schulbegriffen, deren Elemente nur wenigen zugänglich sind; die erste wird mithin, in ein richterliches Urtheil aufgenommen, im menschlichen Gemüthe Anklang finden; von welchem Gewichte dieses ist, braucht wohl in einer Versammlung wie dieser, nicht näher gezeigt zu werden. Gehen wir nun zur Compensation oder Aufrechnung über. Diese erfordert, zufolge Art. 1436 des Niederl. Gesetzbuchs eine Forderung "geeignet für augenblickliche Klagbarkeit." Eine natürliche Obligation ist nie klagbar, sie scheint also von selbst ausgeschlossen. Doch man kann auch anders argumentiren und sagen: darum, weil dieser Ausdruck hierbei gar nicht anwendbar ist, müssen wir es dafür halten, dass der Gesetzgeber in Hinsicht dieser Obligation nichts vorgeschrieben habe. Nun kann im Glauben an ein *ius naturae* wie das Weber sche, ein ausdehnbares Vernunftrecht, der Richter beim Schweigen des Gesetzes, sehr wohl in Versuchung kommen, allerlei natürliche Obligationen, *vel quasi*, die ihm seine Vernunft eingiebt, zur Compensation zu zulassen; eine

Folge, vor welcher selbst Weber, und nicht weniger Mühlenbruch, zurücktraten. Nach Diesem bestehet eine verjährte Schuld wohl noch als *naturalis obligatio*, aber man kann nicht mit ihr compensiren; letzteres kann man ihm leicht zu geben. Diese Rechtsunsicherheit habe ich blos beiläufig behandelt, um zu zeigen, dass diese Lehre auch für unsern Rechtszustand ihre practische Seite hat.

Die sich aus dem römischen Rechte ergebenden Resultate sind 1⁰ *naturalis obligatio* ist nur eine obligirende Handlung, vom positiven Rechte als solche anerkannt; 2⁰ *nuda pactio* ist keine *naturalis obligatio;* 3⁰ *natura debere* hat eine weitere Bedeutung; 4⁰ nicht alle *naturales obligationes* haben dieselben Wirkungen; 5⁰ keine dieser Wirkungen ist unmittelbar; 6⁰. keine anderen, als die im Rechte anerkannt sind, können angenommen werden; 7⁰ die meisten waren unerheblich; 8⁰ endlich, die römische *naturalis obligatio* ist für das heutige Recht, grösstentheils, unbrauchbar.

II.

UEBER DIE BEDEUTUNG DES *UTI LEGASSIT* IN DEN ZWÖLFTAFELN 1).

Die Ansicht, dass die bekannte Vorschrift in den zwölf Tafeln, auf welche in späterer Zeit die römischen Juristen sich so gerne beriefen, eigentlich das Testament *per aes et libram* zu bestätigen bezweckte, ist von Schrader in Hugo's Magazin 2) vorgetragen und mit einigen Gründen versehen; ich wünsche nun diesen Gedanken etwas genauer auszuführen, einige Schwierigkeiten desselben zu zeigen, und wo möglich zu beseitigen.

Als Ursache des *uti legassit* bieten sich uns drei historische Erklärungsweisen dar. Die erste, welche kritisch am wenigsten für sich hat, würde die sein, den Römern für immer das Testiren zu versichern, sei es dass man dieses Recht schon hatte, aber für nöthig erachtete es in dem Zwölftafelgesetze aus zu sprechen, wie so viele andere Bestimmungen, die auch nicht neu aussehen; oder dass es eine neue Wohlthat war, welche

---

1) In *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving door* den Tex *en* van Hall, III. 1828. p. 554—573.

2) *Civil. Mag.* V. 2. 7.

man jetzt erst von den Decemviren empfing, gleich wie die Athener sie von Solon erhalten hatten.

Eine zweite hier mögliche Erklärung ist, die Vorschrift vom Testamente in der Volksversammlung *calatis comitiis*, und wenn man will auch vom anderen, welches ein Adpendix desselben zu sein scheint, dem Testamente *in procinctu*, zu verstehen.

Eine dritte Erklärung ist, dass hier nur das Testament *per aes et libram* gemeint sei. Diese letztere wollen wir hier näher untersuchen, ohne gerade die beiden übrigen zu vernachlässigen.

1°. Dass das Recht ein Testament zu machen erst durch die zwölf Tafeln ganz neu eingeführt worden sein sollte, ist eine Meinung, die bei den jetzigen Ansichten über das Entstehen des Rechtes nicht leicht Beifall finden kann, und mithin keine ausführliche Widerlegung erfordert. Wenn die römischen Volksstämme so etwas nicht kannten, dann war auch das Bedürfniss dazu bei ihnen nicht vorhanden; die Decemviren kamen dann wohl schwerlich auf den Gedanken, diess neu einzuführen, zumal sie sich auch dadurch nicht beliebt machen konnten. Zwar konnten sie dieses Recht aus Solons Gesetzgebung aufnehmen; aber Solons Erbeinsetzung hat einen ganz andern Character, und darum ist das nicht wahrscheinlich. Solon vergönnte nämlich nur denen, die keine männlichen Nachkommen hinterlassen, das Recht Testament zu machen, mit vielen Beschränkungen, von denen in den zwölf Tafeln, welche im Gegentheile die ausgebreiteteste Freiheit zuliessen nichts gefunden wird [1]). Es ist darum nicht wahrscheinlich, dass die Decemviren dieses Rechtsinstitut aus dieser Quelle aufgenommen haben sollten. Dann ist die Termino-

---

1) Die Belege finden sich bei Petit Jus Romanum et Atticum. III. 580.

logie hinsichtlich der Erbeinsetzung in den zwölf Tafeln schon so sehr entwickelt, dass man an keine neue Einrichtung denken darf. Aus diesem Grunde müssen wir wohl annehmen, dass diess Recht schon früher bestand, und es bleibt nur die Frage, ob man nicht diese Gesetzesbestimmung für eine allgemeine Bestätigung eines vorhandenen Gebrauchs halten muss. Zweier Gründe wegen, verneine ich diese. Erstens, weil eine solche Bestätigung in diesem Falle besonders unnöthig erscheint; denn war die Erbernennung beim Volke gebräuchlich, dann ist kein Grund vorhanden, warum das Volk sich in einem Gesetze das Recht geben sollte eines zu machen, und vorzüglich in unserm Falle, in welchem die patricische Obrigkeit und patricische Priesterschaft mitwirkten [1]). Eine Bestimmung, in welcher das Recht des Testirens nur vorausgesetzt wurde — wie so viele andere Rechte [2]) — wäre dann hinreichend gewesen, und man hätte an dem folgenden *si intestatus moritur* genug

---

1) »*Quod cunque postremum populus jussisset*" scheint zwar so ein Gesetz zu sein; diess versteht sich ja auch von selbst? Auf diesen Einwurf kann man erwiedern; dass die tägliche Erfahrung die Römer, so wie uns, des Gegentheils belehrte. Die Gesetze wurden schlecht befolgt, und wenn sie eine Zeit lang nicht gegolten hatten, konnte man mit gutem Erfolge behaupten, dass sie ausser Gebrauch gerathen wären und nicht mehr gelten könnten. Es ist nicht unnatürlich, dass das Volk, oder vielmehr die Gesetzgeber sich hiergegen zu waffnen strebten, durch die Vorschrift, dass ein Gesetz gelten müsse bis es durch ein späteres aufgehoben wäre. Freilich ist es wahr, dass dieses Mittel nicht half, aber man konnte es sich doch einbilden. Oft ging man hierin auch einen andern Weg, man erneuerte nämlich zuweilen die Gesetze, aber diess half erst, als das Volk schon sittliche Kraft genug erlangt hatte, seine, geschriebenen und ungeschriebenen, Rechte in Achtung zu erhalten, oder vielmehr da wurde es unnöthig.

2) *Si* in ius vocat... *cum* nexum faciat... *si* filium venumduit..; *si* adorat furto... *si qui* in iure manum conserunt: alle diese Rechte werden nur vorausgesetzt, nicht gegeben.

gehabt. Zweitens kömmt die Vorschrift *uti legassit* bei den römischen Juristen als ein grosses und vielumfassendes Privilegium vor, während das Testiren *calatis comitiis* eine karge Gelegenheit darbot, und eine so wohl durch die Form als durch die Umstände erschwerte Weise war.

2⁰. Dieselben Gründe stehen der zweiten der vorgestellten Erklärungen entgegen, dass man nämlich bei den Worten *uti legassit* nur an das Testament *calatis comitiis* zu denken habe, und annehmen müsse dass die dritte Testamentsform noch nicht gebräuchlich war [1]). Diese Ansicht aber verdient noch eine besondere Erwägung.

Man könnte nämlich in dieser Voraussetzung fragen, ob die Vorschrift nicht dazu dienen sollte, um das Recht des Testirens allen, nämlich auch den Plebejeren zu versicheren. Das Wort *quisque* bei Justinian und Theophilus scheint diese Ansicht zu unterstützen, die Plebejer hatten ja keinen Antheil an den *curiata comitia* in welchen die Testamente gemacht wurden, eben so wenig als Frauen und Unmündige; sie waren mithin von selbst ohne *testamenti factio,* und sie konnten diese erst durch das neue grosse Volksgesetz, welches für alle Römer dasselbe Recht einführen sollte, erlangen. Das Recht der Erbeinzetzung wurde dann für immer ein gemeinsames, anstatt eines Privilegium des vornehmern Standes. Hiergegen ist aber zu erinnern, dass mit einer solchen *testamenti factio* nichts gewonnen war; da die Handlung ganz vom dem Gutachten der Pontifices abhängig blieb; mit einer solchen Vorschrift konnten die Decem-

1) So Hugo, Rechtsgeschichte, 10 Ausg. S. 213 (zu erst in der neunten.) Ich halte diess aber für ein blosses Versehen, da wir aus Gaius sicher wissen, dass das Testament *per aes et libram* in den ersten Zeiten, weder schriftlich noch künstlich war.

viren sich bei den Plebejern wenig empfehlen, und das Gesetz verdiente in dieser Rücksicht das Lob der Weisheit und Menschenliebe nicht, welches ihm in der späteren Zeit von den scharfsichtigsten Römern gespendet wurde [1]).

Ein anderer Grund, welcher die Annahme dieser Erklärung nicht gestattet, liegt in der Wortfassung des Gesetzes. Das Wort *legare* von *lex* heisst befehlen [2]), und es wird vom Testator gebraucht; allein in den Comitien befiehlt das Volk und nicht der Erblasser; hingegen ist das Testament *per aes et libram* eine *lex*, *quae dicitur*, die von dem Testator ausgehet. Hierauf kann man zwar erwiedern, dass vielleicht bei dem Testamente *calatis comitiis* nicht gestimmt wurde; der Erblasser veröffentlicht seinen Willen vor dem Volke, *in facie ecclesiae;* er macht die Volksmenge zu Zeugen, fast so wie in viel späterer Zeit bei der *manumissio in sacrosanctis ecclesiis.* Das ist die Ansicht Dernburgs [3]) der sich sehr auf Theophilus beruft [4]). Indessen widersetzt sich die Analogie der *arrogatio* [5]); die Arrogation war eine *lex curiata*, und die Formel bei Gellius beweist, dass wenigstens anfänglich darüber gestimmt wurde. Es findet sich auch in diesem Zeitraume der römischen Geschichte der comitia kein Beispiel, in welchem das Volk nur als Zeuge auftrat. Wozu sollte dann das *curiatim per*

---

1) Cicero *de Republ.* II. 36. Tacitus *Annal.* III. 27.

2) Ulp. XXIV. 1:

3) *Beitr. zur Geschichte der römischen Testamente.* Bonn 1821.

4) II. 10. ὑπὸ μάρτυρι τῷ δήμῳ.

5) Dass *calata* und *curiata comitia* dieselben sind, beweisen die Worte des Gellius XV. 27.: »*curiata* per lictorem curiatim *calari.*" Anstatt des unmittelbar vorhergehenden *eorum autem* könnte man lesen *coïtiorum autem.* Uebrigens wird die Verwandtschaft beider durch ihr Verhältniss zu den sacra, und durch die Leitung der Pontifices angedeutet. Gellius V. 19. und Cicero *pro domo* 13 sqq.

lictorem calare frommen, wenn es blos auf Hören und Sehen ankam? Gerade in diesem Falle musste es genügen, die Menge *per cornicinem* zusammenzublasen, wovon Gellius spricht. Endlich ist der Ausdruck des Theophilus, wie schon Trekell bemerkte, nicht entscheidend, weil die Gegenwart natürlich das Stimmen nicht ausschliesst, und weil es hauptsächlich die Pontifices waren, auf deren Zustimmung alles ankam.

Legare ist also ein unpassendes Wort für ein in der Volksversammlung errichtetes Testament; es ist auch nicht für die Handlung selbst geeignet, weil die vorzüglichste Disposition in einem Testamente anders heisst. Man sage nicht, das Wort kann früher eine andre Bedeutung gehabt haben; denn so wahr diess im Allgemeinen ist, so wenig wahrscheinlich ist es hier, weil die wahre und richtige Benennung der Sache schon bestand. So wohl das Wort *testari* als das Wort *heres* kommen in den zwölf Tafeln vor [1]), und diese Wörter wären doch für die Decemviren, zur Bestätigung dessen, was in den Comitien geschehen musste brauchbarer gewesen, als der allgemeine Ausdruck *legare.* Hingegen kömmt das Wort *legatum* in seiner eigentlichen Bedeutung von Vermächtniss schon sehr früh vor, nämlich in der *lex Furia testamentaria*, deren hohes Alter die erwähnte Geldsumme, die poena quadrupli, und die *manus injectio* beweisen.

Es scheint also, um der Vorschrift Kraft und Bedeutung zu geben, und der Wortfassung ihren natürlichen Sinn zu lassen, dass eine andere Erklärung zu

1) Ulp. XXVII. »Si *intestato* moritur, cui suus *heres* nec sit." *Testari* für Testamentmachen, ist eine abgeleitete Bedeutung von *testari* Zeugenanrufen, wie diess bei dem Testamente *per aes et libram* geschah. Vergleiche »*si se sierit testarier*" bei Gellius XV. 13. Dieses Testament war also zur Zeit der Decemviren schon bekannt?

suchen ist. Die von Schrader gegebene vereinigt beide Vortheile.

3⁰. Das Recht, in den Comitien, zweimal im Jahre, mit Bewilligung des Pontifex, ein Testament zu errichten, ist eben so viel, als gar keines. Wollte ein Römer die Agnaten, oder die unbekannten Gentilen von seiner Verlassenschaft ausschliessen, so musste er sich an die Pontifices wenden, d. h. an die Freunde, Brüder, Onkel und Vetter deren, die er eben ausschliessen wollte, ja zuweilen an diese Personen selbst. Er hatte mithin viele Aussicht, sein Ziel nicht zu erreichen. Bedenken wir, wie sehr das Erbrecht der Agnaten, durch die Regel: *in legitimis hereditatibus successio non est*, beschränkt wurde, so sehen wir dass die Gentilen oft zur Erbschaft kommen mussten. Unter solchen Umständen, und bei solchem Interesse, konnten den Pontifices keine Scheingründe mangeln, das beabsichtigte Testiren zu verhindern. Wenn sie dieses wollten, stand ihnen die ganze *positive Religion* zu Dienste, und die Geschichte lehrt, dass man diese zu gebrauchen verstand, um *comitia* zu vereiteln, und so Sachen, die man nicht wünschte, hinzuhalten wusste. Hier zu kömmt, dass zweimal im Jahre sehr wenig und ein Testament machen, eine Sache ist zu welcher man sich nicht leichtfertig und gerne entschliesst; "ein Römer," sagt Theophilus, "testirt nicht gerne bei gesundem Körper; so lang man gesund war, hatte es keine Eile, im Krankheitsfalle hingegen war es zu spät; wenn man konnte, wollte man nicht, und wenn man wollte konnte man nicht mehr."

Das *testamentum in procinctu*, während eines Feldzuges, gewährte eine zufällige und unbequeme Gelegenheit, die wir mit Stillschweigen übergehen dürfen. Bei solchen dringenden Motiven zum Testiren, und

bei solcher schlechten Gelegenheit es zu können, war es ganz natürlich dass man sich nach einem Auswege umsah. Während der Bürgerkriege waren es an den Erben gerichtete Briefe oder Billette, in welchen man seine Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit in Anspruch nahm, die aber zuweilen nicht ausreichten. In der älteren Zeit kam man auf einen andern Gedanken, um das Eigenthum, unter allen den Bedingungen und Bestimmungen, welche das Testament ausgemacht hätten, zu übertragen. Das hatte aber auch seine Schwierigkeit; eine Verlassenschaft konnte man, als unkörperliche Sache nur durch *in iure cessio* übertragen, und so hatte man wieder mit Obrigkeit und Pontifices zu thun. Man musste also, so gut es ging, zur *mancipatio* seine Zuflucht nehmen, und das geschah auch. Das ganze Vermögen wurde mit einem Male übertragen, und der *familiae emtor* beauftragt, Diesem und Jenem die eine oder andere Sache abzugeben; so beschreibt uns Gaius (und nach ihm Theophilus) das Testament *per aes et libram*, in seiner ersten Richtung und ursprünglichen Form. Nun ist die Frage: ob die patricischen Machthaber, welchen auf solche Weise manche schöne Erbschaft genommen wurde, und die Pontifices, welche man so ganz aus dem Spiele liess, hiermit zufrieden waren. Was man von ihnen, und von den Menschen überhaupt, weiss, lässt uns das Gegentheil vermuthen. Die Agnaten und Gentilen bestritten die Rechtmässigkeit des neuen, wunderlichen Testaments, in welchem der Testator das Vermögen während seines Lebens veräusserte, und durch welches die Erbschaft eines Lebenden durch Kauf erworben wurde. Wir wissen nun wohl nicht, welche von den Regeln des römischen Erbrechts, die wir aus einem ganz andern Zeitraume kennen, schon zur Zeit der zwölf

Tafeln und früher gegolten haben; wir wissen z. B. nicht, ob es jetzt schon anstössig war, eine ganze *familia* zu mancipiren, da man doch ehemals eine Erbschaft als solche besitzen und durch *usucapio* für sich erwerben konnte. Aber gewiss ist es, dass dieses dritte Testament mit Rücksicht auf die anderen, eine Neuerung war, und dass die patricische Obrigkeit schon aus diesem Grunde weigern konnte, solches in Rechten anzuerkennen. Hierauf konnte der *familiae emtor*, des Verstorbenen vertrauter Freund, mit gutem Grunde erwiedern, dass das Mancipiren freistehe, dass die Handlung, wenigstens was die *corpora hereditaria* betrifft, geltend sei [1]), dass man nicht-gegenwärtige Immobilien übertragen könne, und dergleichen mehr, und so entstand eine neue Frage, die vielleicht unter den vielen, über welche die Patricier und Plebejer stritten, nicht die unbedeutendste war.

Nun kam die Gesetzgebung der zwölf Tafeln um Freiheit und Rechtsgleichheit einzuführen [2]); die Plebejer erhielten das Eine oder Andere, was hier zu verhalf, und es ist nicht zu bezweiflen, dass nun auch für ihre *testamenti factio* gesorgt wurde. Den Zusammenhang der uns erhaltenen Vorschriften der zwölf Tafeln mit der *aequanda libertas* sieht man nicht sogleich im ersten Augenblicke. Die meisten betreffen den Prozess, das Erb- und Strafrecht, ländliche und städtische Polizei; nur wenige staatsrechtliche Vorschriften sind von grosser Wichtigkeit, aber gerade diese, über die *provocatio* und *privilegia* waren nicht neu, sie standen in besonderen Gesetzen die unmö-

1) Gaius III. 85. II. 252.

2) Quae aequandae libertatis essent; Livius III. 31. ὑπὲρ τῶν ἴσων, Dionysius; Tacitus aequum ius.

glich schon veraltet waren [1]); diese konnten also nicht bezwecken, um nun erst die Gleichheit einzuführen, oder um die Freiheit besser als früher zu garantiren. Die Frage bleibt also, was hat diese Gesetzgebung zur erwähnten *aequanda libertas* und zum *aequum ius* beigetragen? Sollte man nicht annehmen dürfen, dass auch Vorschriften aus dem *ius privatum* hierzu dienen mussten? Gewiss ist es, dass das Gesetz solche aufnahm, die dazu nützen konnten, z. B. über das *foenus unciarium;* sie ist sicherlich kein Beweis von Scharfblick, aber sie bezweckte einen Missbrauch, durch welchen so viele Bürger ihre Freiheit verloren, zu beseitigen. So auch bei *furtum manifestum* und *injuria* das Recht zu transigiren. Unser *uti legassit* kann vorzüglich diesen Vorschriften zugezählt werden; es konnte beabsichtigen, das zweideutige Quasitestament, mit welchem die meisten Plebejer sich behalfen, auf immer zu bestätigen, und allen Streitfragen darüber ein Ende zu machen. Man darf sich aber nicht verwunderen, dass man hierzu kam; die ersten Decemviren werden als Volksfreunde beschrieben, und die Patricier, als Gentilen, brachten in sofern wenig zum Opfer, da man doch dem Plebejer nicht verbieten konnte, sein Vermögen Stück für Stück unter Lebenden zu veräussern. Die Handlung war zwar unregelmässig, aber diese Unregelmässigkeit ward durch das Gesetz gedeckt, und sie war jedenfalls nicht grösser, als die, die Erbschaft im Ganzen durch *in iure cessio* auf Iemanden der kein Erbrecht hatte, zu übertragen; was wir schwerlich für möglich erachten würden, wenn es uns Ulpian und Gaius nicht deutlich beschrieben. Seit der Zeit also, dass *uti legassit* in den zwölf Tafeln stand und Gesetzeskraft hatte, konnte man unge-

1) Cicero de Republ. II. 31. Pro domo. 17.

hindert und mit dem besten Erfolge über sein Vermögen testiren. Dann war ferner, was wir vorzüglich beachten müssen, die dem *familiae emtor* auferlegte Verpflichtung, Legate abzugeben, als *lex mancipii* eine wirkliche *obligatio* [1]) der man sich, zufolge einer andern, zwar nicht ganz neuen Gesetzesvorschrift: CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE UTI LINGUA NUNCUPASSET ITA IUS ESTO nicht entziehen konnte. Die Ausführung ward durch eine *poena dupli* gesichert; leistete der *familiae emtor* der eingegangenen Verbindlichkeit kein Genüge, so konnte der Legatar das Doppelte von ihm fordern; eine Strenge deren Spur in dem *legatum damnationis* nicht zu bezweiflen ist. — Verweilen wir bei diesem Punkte ein wenig. So wahr es ist, dass die Dispositionen des Erblassers eine Obligation zum Vortheile des Legatars bewirkten, so sicher ist auf der andern Seite, dass diese Weise, eine Obligation darzustellen, gegen eine bekannte Rechtsregel streitet, nämlich dass man zum Vortheile eines dritten nicht stipuliren kann. In einem der ältesten Pandectenfragmente [2]) heisst es "nec paciscendo, *nec legem dicendo*, nec stipulando quisquam alteri cavere potest." Hieraus folgt natürlich, dass dem Legatar aus der Handlung des Testators keine Action entstehen kann, und doch ist es eine ausgemachte Wahrheit, dass er so weit wir vom römischen Rechte Kunde haben, diese stets hatte. Ich weiss keine andere Erklärung für dieses Vernachlässigen einer bekannten Rechtsregel, als die, welche die vorgetragene Hypothese darbietet, dass

---

1) — Den Beweis für diese Ansicht liefert Cicero de Oratore, I. 57. und die ganze Geschichte des Testaments *per aes et libram* Wegen der Vorschrift *uti lingua nuncupassit* galt die *lex mancipii* im Allgemeinen; das *uti legassit* bewirkte, dass auf diese Weise *mancipium facere* und *nuncupare* rechtsbeständig wurden.

2) L. 73. § 4. D. de *R. J.*

nämlich diese *lex mancipii* eine besondere Beschützung im Gesetze fand; doch dann ist es nöthig dass die Vorschrift UTI LEGASSIT — ITA IUS ESTO allein auf das Testament *per aes et libram* und auf keines der übrigen ging.

Auf diese Weise erhält diess Gesetz der zwölf Tafeln eine ganz andere Bedeutung, und es wird zugleich begreiflich, warum die römischen Juristen in späterer Zeit, da dieses Gesetz schon abgeschafft und längst durch ein besseres ersetzt war, noch immer gerne auf dieses uralte *uti legassit* zurückkamen. Es war nämlich keine blinde Vorliebe für das alte Gesetz, sondern das Bewusstsein, dass in ihm die Grundlage eines unschätzbaren Rechts für sie enthalten war, woran sie in dankbarer Erinnerung dachten. Man vergleiche nur das erste Capitel der *lex Falcidia* mit unserer Vorschrift: unbezweifelt ist das jedem römischen Bürger zukommende Recht des Testirens in diesem viel deutlicher und richtiger ausgesprochen als in den zwölf Tafeln, aber die Juristen beriefen sich nicht auf dasselbe, weil sie wussten dass das Volk eigentlich aus letztgenannten das Testirrecht erlangt habe.

In sofern scheint Schraders Ansicht in mehr als einer Hinsicht Billigung zu verdienen; um so nöthiger ist es aber, die etwaigen Einwürfe genauer zu untersuchen.

Die oben aufgestellte Erklärung des *uti legassit* wird dadurch zweifelhaft gemacht, dass es nicht blos heisst UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA sondern auch TUTELAVE SUAE REI, die Aechtheit dieser Worte leidet keinen Zweifel [1]). Man kann nämlich nicht begreifen, dass die Anordnung einer zukünftigen Vormundschaft eine

1) Ulp. XI. 14. L. 53. pr. L. 120 D. de *V. S.* (50. 16.)

lex mancipii sein sollte, d. h. eine dem *familiae emtor* aufgelegte Verbindlichkeit; dieser konnte doch nicht, so wie er die Legate ausbezahlte, auch bewirken dass der zum Vormund Ernannte auch die Vormundschaft annahm; eine solche *lex mancipii* muss uns nothwendig als eine nichtige Handlung vorkommen.

Um diese Schwierigkeit zu beseitigen könnte man anführen, dass dieses Missverhältniss im späteren Rechte wirklich bestand, dass das ganze römische Testament, oder lieber die *tabulae testamenti*, nichts anders als eine geschriebene *lex mancipii* waren, welche nicht ausgesprochen, aber auf welche im Allgemeinen verwiesen wurde [1]). War nun das ganze Testament eine *lex mancipii*, dann war es auch die Vormundernennung; und auf diese Weise würde eine Sache die man nicht begreifen kann, wenn auch nicht begreiflich, so doch wenigstens als wahr bewiesen. Hierzu will ich aber nicht gerne meine Zuflucht nehmen, weil mir der natürliche Uebergang vom ersten Testamente *per aes et libram* zu dessen zweiter Form nicht klar ist, sondern ich will lieber zeigen, dass die aus der *tutela* genommene Schwierigkeit, aller Wahrscheinlichkeit nach, nicht besteht. Hierzu ist erforderlich, dass wir die Worte der zwölf Tafeln, wie sie bei Ulpian und in den Pandecten sich finden, genau betrachten. Es heisst: UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO. Dieses SUAE REI ist ächt [2]) aber meines Wissens wenig beachtet, während es wohl in Stand sein könnte, die bis jetzt ohne

---

1) Sehe oben S. 48. Anm. 1. In der *nuncupatio* wird gesagt: *ita do*, *ita lego*, *ita testor*, so dass die Hauptsache, die Erbernennung gar nicht erwähnt wird: wahrscheinlich weil diese früher keine *lex mancipii* sein konnte.

2) Es findet sich bei Gaius, Theophilus, Justinian und in L. 120 D. de *V. S.* (50. 16.)

Bedenken angenommene Bedeutung von TUTELA zweifelhaft zu machen. *Tutela* in der Bedeutug von Vormundschaft über einen Unmündigen ist doch etwas ganz anders als *tutela suae rei*, die Verwaltug seines eigenen Vermögens. Die wahre Meinung des Gesetzes konnte dann wohl die sein: was Iemand über sein Geld oder über die Aufsicht seines Vermögens anordnet, das soll gelten. Dass diess die ursprüngliche Bedeutung ist, wird noch wahrscheinlicher, wenn man auf die sprechende Aehnlichkeit unserer Gesetzesbestimmung mit der Testamentsformel, wie sie durch Bluhme's treffliche Bemühungen in der zweiten Ausgabe des Gaius gegeben ist, Rücksicht nimmt. Es ist sehr bemerkenswerth dass darin gerade derselbe Ausdruck *pecunia* und *tutela* sich findet:

FAMILIAM [1]) PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDADATAM TUTELAM CUSTODELAMQUE MEAM [2]) (RECIPIO, EAQUE) QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS, SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA.

In dieser Formel wird auch noch auf die *lex publica* verwiesen, die doch wohl keine andere als das

---

1) Beim *auctor Rhet. ad Herennium* findet sich auch *familia* neben *pecunia*.

2) Bluhme las eigentlich: *mandatelatut* (?) *am custodelaque mea*; im Texte ist die Verbesserung Göschen's gefolgt. Man könnte meinen dass man *mandatela* behalten, und *endo mandatelam tutam* lesen müsse, was doch nicht viel ärger ist als *custodela*, dann könnte ich aus dieser Formel keinen Beweis entnehmen. Aber die angenommene Verbesserung ist nöthig, denn *custodela* kommt bei Festus und öfter bei Apuleius vor; *mandatela* ist, in soweit man weiss, kein Latein; und ausserdem kann *mandatela* von dem *cui mandatur* nicht gut gesagt werden, wie andere Wörter mit derselben Endung beweisen: *loquela*, *querela*, *sequela*, *tutela* u. s. w., *tutam* würde hier auch nicht an seiner Stelle stehen, so dass es wohl bei Göschens Verbesserung bleiben muss.

[In der Lachmannschen Ausgabe ist *mandatela* beibehalten. *Note des Uebersetzers.*]

4*

Gesetz der zwölf Tafeln sein kann. Dem Landesgesetze zufolge, und damit du dem Rechte gemäss im Stande seiest ein Testament zu machen, übernehme ich nach deinem Auftrage dein Vermögen unter meine Aufsicht und Bewahrung. Die zwölf Tafeln mussten also eine Vorschrift, die hiermit in Verbindung stand, enthalten, und was ist nun natürlicher, als an das bekannte *uti legassit* zu denken, in welchem gerade dieselbe, sonst nicht wohl zu billigende, *mandata* (oder *legata) tutela* ausdrücklich bestätigt wird?

Hiergegen kann man nun einwenden, dass die römischen Juristen das Wort *tutela* nicht so, sondern von der Vormundschaft verstanden haben, wie man aus beiden Pandectenstellen sieht. Ich erwiedre indessen darauf, dass die römischen Juristen in der Erklärung der zwölf Tafeln sich vieler Freiheit bedienten, und diese den veränderten Ansichten und Bedürfnissen ihrer Zeit gemäss, dann mehr und dann weniger sagen liessen, als ursprünglich gemeint war. Man kann hierfür viele Belege anführen; so z. B. unter *emtor* bei dem *statuliber* verstand man Iemanden, der durch richterliches Urtheil als Erbe erklärt war, obschon das nicht einmal eine Eigenthumsübertragung ist [1]); unter *glans* alle Baumfrüchte [2]); unter *telum* ausser Waffen auch Stöcke und Steine [3]). Als man daran dachte den Frauen ihr Erbrecht einzuschränken, ward das Wort *agnatus* auf eine Weise erklärt, dass sie hierunter nicht gehörten und nur als *consanguinea* erben konnten, wobei Ulpian [4]) sich nicht bedenkt, nachdem er das Gesetz wörtlich angeführt zu sagen, *id enim cautum est lege duodecim tabularum hac.* Es ist einleuchtend, dass

1) L. 29 f. D. *de statulib.* (40. 7.)
2) L. 236 § 1. D. *de V. S.* (50. 16.)
3) L. 233 § 2 *eod.*
4) Ulp. XXVI. 1.

das Wort *agnatus* in der engsten Bedeutung genommen wurde, um ein Recht einzuführen, welches, als das Gesetz gegeben wurde, nicht in diesem lag: sonst waren ja unter der männlichen Benennung die Frauen miteinbegriffen [1]). Endlich, was hier brauchbarer ist, "*ex mente legis duodecim tabularum*" lehrte man, dass unter Legaten auch die Freilassung der Sclaven gemeint sei [2]), d. h. man nahm das Wort *legare* in der weitesten Bedeutung, so dass es jede Verfügung bezeichnete. Auf dieselbe Weise und aus gleichem Grunde kann man es für nöthig erachtet haben unter *tutela suae rei* eine wahre *tutela impuberum* zu verstehen, obschon es ganz sonderbar ist die Wittwe und die unmündigen Kinder des Testators *sua res* zu nennen.

Wichtiger ist ein anderer Einwurf, der hier gemacht werden kann. Wenn die Decemviren, kann man sagen, für die *testamentaria tutela* nichts gethan haben, so ist von ihnen für das Testiren schlecht gesorgt worden. Denn was nützte es dem Testator die Agnaten und Gentilen von der Erbschaft auszuschliessen, da sie doch als Vormund, im Falle von *sui heredes*, das Vermögen in Händen bekamen, zumal diese Vormundschaft bei weiblichen Erben, die ohne den Beistand des Vormunds nicht testiren konnten, fast mit einem Erbrechte gleichstand?

Es ist darum höchst unwahrscheinlich, dass Gesetzgeber, welche ein unabhängiges Testiren einführen wollten, so kurzsichtig gewesen wären, die Vormundschaft, ohne welche ersteres vereitelt wurde, gänzlich zu übersehen. Auch auf diese Erwägung braucht man, unserer Ansicht nach, die Antwort nicht schuldig zu bleiben. Bei

---

1) L. 1. L. 52. L. 195 D. *de V. S.*
2) L. 80 D. *eod.*

dem freien Testiren der Plebejer kam es hauptsächlich nicht darauf an, die *Agnaten* [1]), — zu welchen, da sie auch Plebejer waren, das Verhältniss theilweise auf Blutsverwandtschaft und Neigung beruhete — sondern die *Gentilen* auszuschliessen, d. h. (nach Hugo's wahrscheinlicher Erklärung) die patricischen Nachkommen des patricischen Manumissors. Nun ist es wohl unbezweifelt, ja wir haben sogar die Gesetzesworte dafür, dass diese ein Erbrecht hatten, aber es ist immerhin sehr ungewiss, dass ihnen auch die Vormundschaft zukam. Wenigstens giebt es hierfür keinen anderen Beweis als eine sehr bedenkliche Analogie; nämlich weil die Vormundschaft sich nach dem Erbrechte richtet, und weil die Gentilen *Curatoren* waren, hat man stets als unbezweifelt angenommen, dass sie auch auf die *tutela legitima* ein Recht hätten. Indessen ist es fast gewiss, dass diess nicht im Gesetze stand, da sogar der Patron sich nicht auf den Buchstaben desselben berufen konnte, sondern nur auf eine gangbare, dem Geiste des Gesetzes entnommene Erklärung; es ist aber nicht denkbar, dass diese Erklärung so alt sein sollte als das Gesetz selbst, und wenn die Decemviren an die Vormundschaft des Patrons nicht gedacht hatten, kann man unmöglich annehmen, dass sie die Gentilen mit dieser begünstigen wollten. Wenn nun die *legitima tutela* nicht im Gesetze sich fand, so war kein dringender Grund vorhanden ihr eine *testamentaria tutela* an die Seite zu setzen, wenn man auch annimmt, dass eine Vormundschaft der Gentilen statthaben konnte. Diess war aber mit grossen Schwierigkeiten verbunden, wegen der vielen Personen, deren

1) Der Beweis liegt in der Regel in *legitimis hereditabus successio non est.* Das Gesetz begünstigte die Gentilen zum Nachtheile der Agnaten; letztere konnten also durch ein *freies Testiren* nur gewinnen.

auctoritas dabei nöthig wäre. Hugo hat als Ausweg auf die *in iure cessio* hingewiesen, und sicherlich konnte dieses Mittel nirgends besser, als eben bei der Vormundschaft der Gentilen dienen. Aber dann muss man auch mit ihm annehmen, dass ursprünglich auch bei den Unmündigen eine *cessio tutelae* vorkam, oder dass man sich bei diesen mit der *administratio* behalf, beides gewagte Hypothesen; ausserdem ist die *in iure cessio* in diesem Falle sehr unwahrscheinlich, durch sie nämlich gab der Betheiligte die Oberaufsicht über das Vermögen der Frau — in soweit wir wissen unwiederruflich [1]) — auf, und es war erforderlich, dass die vielen Gentilen einander und dem Gewählten vollkommenes Vertrauen schenkten. Im Allgemeinen ist, was man mit der *in iure cessio* bei der Vormundschaft beabsichtigte noch sehr dunkel, und est ist die Frage ob sie oft vorgekommen. Nach Gaius [2]) ist sie blos zugelassen, den Vormund von einer grossen Last zu befreien, darum, sagt er, findet sie bei der Vormundschaft über Unmündige nicht Statt; zudem ist es nicht leicht einzusehen, dass die Vormundschaft gerade da, wo man ein gewisses Erbrecht hat, und nur *auctoritas* praestiren muss eine Last sein sollte, und keine, wo das Erbrecht ungewiss, ein Vermögen verwaltet werden muss, und man unangenehmen Prozessen (*tutelae iudicium* und *rationibus distrahendis*) ausgesetzt ist. Sollte die *in iure cessio* der Vormundschaft entstanden sein, als die Fälle der

1) Unter Bedingungen konnte die *in iure cessio* nicht geschehen; von einer *lex* (wie beim *mancipium*) ist keine Spur vorhanden, und sie ist auch bei dieser Handlung nicht zu vermuthen. Eine besondere *fiducia* findet sich gewiss nicht in den ältesten Zeiten. Ob der *cessicius tutor* zurück cediren konnte, wissen wir nicht; denn Heises Emendation von Ulp. XI. 7. kann natürlich nicht als Beweis gelten.

2) Gaius I. 168. 172. 192. Ulp. XI. 17.

Vormundschaft ohne Erbrecht häufiger wurden [1])? Wie dem auch sein möge, ganz anders als mit der Vormundschaft verhielt es sich mit der Curatel [2]); der Curator hatte die freie Vermögens-Verwaltung des Aufsichtbedürftigen; diese konnte ohne Schwierigkeit unter die Gentilen vertheilt und von ihnen angenommen werden; während die *auctoritas* der Vormünder untheilbar war; sie waren, jeder für seinen Theil, unbeschränkte Herren, wie man aus dem hierin vorkommenden Ausdrucke und der freien *alienatio* [3]) sieht. Es ist sogar nicht einmal bekannt, in wiefern bei verändertem Zustande eine Zurückgabe oder Rechnungsablage stattfand; denn einer hierauf bezüglichen *actio* wird in den zwölf Tafeln [4]) nicht gedacht, und was uns Ulpian [5]) vom Aufhören der *curatio* lehrt, kann sehr gut von der späteren *honoraria* gemeint sein.

Die Vormundschaft der Gentilen ist demnach nicht bewiesen und kann also keinesweges der Grund für eine positiv ausgesprochene *testamentaria tutela* in den zwölf Tafeln sein, welche die hier entwickelte Bedeutung des *uti legassit* gewiss unannehmbar machte.

Das Resultat dieser Untersuchung ist demnach, dass auch noch der Gesetzgebung der zwölf Tafeln zufolge die Römer keine genügende Erbernennung hatten; das Testament *per aes et libram* war zwar frei, aber höchst unvollkommen; für die Anstellung

---

1) Nach Gaius I. 192 konnten die Agnaten das Testament der Frau nicht verhindern; natürlich darf man das nicht von den ältesten Zeiten verstehen.

2) Hieran hat auch v. Löhr *Magazin für Rechtwissenschaft* III, 1, p. 8 nota 2) erinnert; aber den Beweis, dass die Gentilen keine Vormundschaft hatten, führt er nicht an.

3) *Ad* Heren. I. 13. Cic. *Tusc.* III. 5. Gai. II. 64.

4) *Arg.* L. 4. §. 3 D. *de tutelae.* (27. 3.)

5) L. 1. pr. D. de curat. furioso. (27. 10.)

eines Vormundes und für eine wahre Erbeinsetzung war diese Form nicht geeignet, bei einem *suus heres* war sie sogar unanwendbar. So mag denn dieser Beitrag zur Bestätigung der wichtigen Wahrheit dienen, welche uns die römische Rechtsgeschichte beständig lehrt, dass nämlich die vorzüglichsten Rechte dieses Volkes ihren ersten Keim der Gesetzgebung, ihre Vollendung und Brauchbarkeit aber der Zeit und dem Einflusse einer freien, ungehemmten Rechtslehre zu danken hatten.

III.

UEBER DAS INTERDICTUM DE VI ARMATA 1).

Bekanntlich ist das hier genannte Interdict der Hauptgegenstand von Ciceros Vertheidigungsrede *pro Caecina*, über welche Vertheidigung der ausgezeichnete Cras seine Doctordissertation geschrieben hat. Der gelehrte Savigny, obschon er den Verdiensten unsers Landsmanns Gerechtigkeit wiederfahren lässt, meint auch durch diese Schrift sei es nicht wahrscheinlicher geworden, dass Cicero eine gute Sache vertheidigt habe, ein Urtheil das er in den verschiedenen Ausgaben seiner Lehre vom Besitz beständig wiederholt hat. Freilich fällt es schwer, der Kunde und den Begriffen nach die wir vom römischen Rechte haben, dasselbe nicht gelten zu lassen, obwohl das natürlich keinesweges für die Beurtheilung von Ciceros Vertheidigung noch der wahre Standpunkt ist. Man kann freilich mit einigem Grund annehmen, dass die Rechtsinstitute und Principien, die wir in den Pandecten kennen gelernt haben und deren späterer Ursprung nicht nach-

1) In *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid* door den Tex en van Hall VII, 1833, p. 5—21.

gewiesen ist, schon zu Ciceros Zeiten vorhanden waren; allein es fehlt auch nicht an Beispielen, welche uns das Mangelhafte dieser Aushülfe überhaupt zeigen und vorzüglich nicht an solchen, aus denen wir sehen, dass viele Dogmen in Ciceros Zeitalter und auch wohl später zu dem Grade von Gewissheit und Reife noch nicht gelangt waren, in welchem wir sie in Justinians Sammlung wieder antreffen [1]).

In Hinsicht des *interdictum de vi armata* haben wir aus den von Peyron entdeckten Fragmenten der Rede *pro* Tullio vieles erfahren, was dieses bestätigt, und welches von Savigny in den Zusätzen zur fünften Auflage (es sei dieses mit der diesem Meister gebührenden Achtung gesagt) nicht so berücksichtigt scheint, wie es wohl bei einer besondern Behandlung der Fall gewesen wäre.

Savigny hat für die Behauptung Cicero's, dass sein Client keinen Besitz nöthig gehabt hätte, eine höchst scharfsinnige Erklärung vorgeschlagen.

Man setzte nämlich ins gewöhnliche Interdict, so wie uns Cicero a. a. O. belehren will, *cum ego possiderem;* im *interdictum de hominibus armatis* oder *de vi armata* kamen diese Worte nicht vor. Warum nicht? weil es bei diesem auf den Besitz nicht ankam.

"Cicero" sagt nun Savigny, "beruft sich hier auf den Gerichtsstyl, dieser war allgemein bekannt; also musste doch Etwas dabei zu Grunde liegen, was nur etwa falsch ausgelegt wurde. Vielleicht lässt sich die Sache so erklären: das *interdictum de vi* wurde gewöhnlich, d. h. wenn keine Waffen gebraucht waren, in dieser Formel gefordert: "unde ille me vi deiecit, cum ego *nec vi, nec clam nec precario ab illo*

---

1) Vergl. Cicero *de Orat.* I. 38 inf. mit L. 1 D. de ini. rupto. (28. 3.) Gaius II. 94. 95 mit L. 1. § 8. 20 D. de acq. poss. (41. 2.)

possiderem." Der ganze Zusatz also enthielt blos die bekannten drei Exceptionen, und das "*cum ego possiderem*" stand hier dieser Exceptionen wegen, nicht um den Besitz überhaupt zu bezeichnen, der ja schon durch das *unde me deiecisti* deutlich genug ausgedrückt war [1]). Waren Waffen gebraucht worden, so galten die Exceptionen überhaupt nicht, folglich wurde auch in der Formel der ganze Zusatz ("cum ego... possiderem") weggelassen, ohne dass hier der Besitz zur Begründung des Klagrechts weniger nöthig gewesen wäre. Es ist also sehr wahrscheinlich, dass Cicero jene Auslassung benutzte, um eine Folge daraus zu ziehen, die eben so unrichtig, als für die Sache des Caecina unentbehrlich war [2])."

Diese Erklärung Savigny's wünsche ich hier näher zu prüfen es kommt mir nämlich vor, dass sie, nachdem Peyrons Entdeckung in 1824 erst recht bekannt geworden, weniger haltbar geworden ist; ich nahm deshalb Savigny's fünfte Ausgabe mit gespannter Erwartung zur Hand, um die Veränderung, welche der Darstellung dieser Lehre hierdurch geworden, zu ersehen. Aus Peyron's Fragmenten glaubte ich entnehmen zu können, dass sich die Geschichte unsers Interdicts ganz anders verhielt; nämlich dass dieses und das gewöhnliche *de vi*, in welchen Savigny auch jetzt noch nur *ein* Interdict sieht, zwei verschiedene Interdicte sind; dass das gewöhnliche von Cicero als alt, das Interdict *de vi armata* hingegen als ein neues bezeichnet wurde, und ausserdem noch dass Cicero hier wiederum, — und zwar ohne Nothwendigkeit und auf eine allgemeine

---

1) Eine Bestätigung dieser Ansicht findet Savigny in Cicero *pro Tullio.* c. 44 deinde... additur... possideret."

2) Savigny das Recht des Besitzes, 5te Ausg. S. 465.

Weise, — behauptete dass für letzteres der Besitz kein Erforderniss sei, so dass Savigny's Hypothese hierdurch viel an Wahrscheinlichkeit verloren hat.

In dessen war in genannter fünften Ausgabe hiervon nichts zu finden; der gelehrte Verfasser blieb seiner früher gegebenen Erklärung getreu und verstand die bezüglichen Stellen *pro Tullio* ganz anders. Eine wiederholte Untersuchung dieser Stellen lieferte mir indess die frühern Resultate und Gründe, die ich hier dem Leser zur Beurtheilung vorlege.

Zur Verdeutlichung derselben, lass ich die Worte Cicero's, auf welche es ankömmt, hier folgen, nach der Tübinger Ausgabe 1824:

"Fuit illud interdictum apud maiores nostros *de vi*, quod hodie quoque est, *unde tu aut familia tua aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti*, deinde additur illius iam hoc causa quocum agitur *cum ille possideret*, et hoc amplius, quod *nec vi nec clam nec precario possideret.* Multa dantur ei qui alterum vi detrusisse dicitur, quorum si unum quodlibet probari iudici potuerit, etiamsi confessus erit, se vi deiecisse, vincat necesse est, vel non possedisse eum qui deiectus sit, vel vi possedisse, vel clam, vel precario. Ei qui de vi confessus esset, tot defensiones tamen ad causam obtinendam maiores reliquerunt.

Age illud alterum interdictum consideremus, quod item nunc est constitutum, propter eandem iniquitatem temporum, nimiamque hominum *licentiam....*"

Wengleich bei den letztern Wörtern sich eine arge Lücke findet, so ist es doch unzweifelhaft, dass hier eine Vergleichung der zwei, obschon gleichartigen, doch in Strenge und Umfang sehr verschiedenen Interdicte uns vorliegt; dass das eine zu Cicero's Zeit alt, und das andre neu war, und dass das erste,

das sogenannte *quotidianum interdictum* von Cicero gerade so wie in der Rede *pro Caecina* charakterisirt wird.

In dieser Rede unterscheidet Cicero zwei Sachen, die nach Savigny zwar erfordert wurden, aber welche beide nicht ausdrücklich im Interdicte standen: Besitz und unwiderrechtlichen Besitz: 1°. *cum ille possideret*, 2°. *cum nec vi nec clam nec precario possideret;* und man kann gewiss aus cap. 31 *pro Caecina:* "*cum ego possiderem*" nicht beweisen, dass diese Worte abgesondert standen; es ist sehr leicht möglich, dass sie hier blos mit und wegen der folgenden *cum ego nec vi — possiderem* vorkommen, welche Cicero behende überging, weil das Interesse seiner Sache, in Uebereinstimmung mit Savigny's Hypothese, es so erforderte.

Allein von dem hier abgedruckten Fragmente *pro Tullio*, in welchem das Interdict wieder ohne ein solches unmittelbares Interesse vorkommt, kann man dasselbe nicht sagen, weil wir da die Wortfassung vor uns haben, und aus dieser zu ersehen ist, dass die Bedingung *cum ego possiderem*, oder wie es dorten in der dritten Person heisst, *cum ille possideret*, ganz für sich allein stand, während beim zweiten Erforderniss: *quod nec vi* etc. das Wort *possideret* ausdrücklich wiederholt ist. Es waren also zwei Bedingungen; Cicero unterscheidet sie durch "*hoc amplius*" 1)

1) Man hat hiergegen erinnert, was wohl zu erwägen ist, dass mit diesem *hoc amplius* keine neue Bedingung angedeutet würde, und dass dieses nur eine nähere Entwickelung dess vorhergehenden wäre; mit anderen Worten, die Wiederholung des *possideret* gehöre dem Cicero und nicht dem Interdicte an. Er hätte auf diese Weise zu seiner dreigliedrigen Aufzählung noch wohl ein viertes hinzufügen können, und sagen: *quin etiam hoc:* NEC A TE POSSIDERET, woraus dann sicherlich nicht folgen würde, dass *possideret* dreimal im In-

und sie berechtigten ihn zu sagen MULTA *dantur ei* u. s. w. Es ist mir unbegreiflich, wie Savigny nun gerade in dieser Stelle eine Bestätigung seiner Ansicht finden konnte.

Sogar wenn man zugiebt, was noch nicht bewiesen ist, dass das Erforderniss des Besitzes im *deiecisti* ausgedrückt war, so ist das zwar für das *interdictum de vi armata* eine annehmbare Hypothese in soweit der Besitz auch bei diesem als unentbehrlich gedacht werden muss, allein das bringt auf der andern Seite für das gewöhnliche Interdict die Schwie-

---

terdicte stände. Ohne die Wichtigkeit dieses Einwurfs zu gering zu achten muss ich gegen denselben erinnern, dass das Beispiel nicht gut gewählt scheint, weil das *nec a te* nicht genannt werden konnte, indem es die Lage des Gewaltthäters nicht besser, sondern ärger machte, da er ja hierdurch verhindert wurde sich auf das Widerrechtliche des Besitzes des Gegners zu berufen. Lassen wir aber dieses dahingestellt sein; dennoch glaube ich das *cum ille possideret* für Worte des Interdicts halten zu müssen: 1°. weil wir ein Citat der Worte und keineswegs eine Aufzählung der Bestimmungen vor uns haben, da diese erst später in der Worten »*multa dantur* u. s. w." folgt und diese Aufzählung Cicero nicht doppelt in den Mund gelegt werden darf; 2°. weil wenn man den ganzen Satz, von *quod* bis *possideret* für eine Aufgabe des Inhalts und nicht für ein Citat hält, diese Periode nicht lateinisch, wenigstens nicht Ciceronianisch aussieht, und man in Versuchung kommt Cicero zu tadeln dass er keinen Accusativus cum infinitivo gebraucht hat, während es auf der andern Seite sich mit Beispielen aus den Pandecten beweisen lässt, dass *quod* zur Formel gehörte, und durch Peyron (nicht durch Huschke) verkehrt davon getrennt war. Man vergleiche L. 1 § 5 D. *uti possidetis* (wo das angeführte *quod nec vi*, *nec clam*, *nec precario ab illo possides* unser Interdict *de vi* zu betreffen scheint) und man achte auf gleichartige in andern Interdicten vorkommende Ausdrücke, als QUOD *de his bonis possides;* QUOD *ius sit illi prohibere;* QUOD *precario ab illo habes* u. s. w. Doch 3°. was am meisten beweist, und worauf ich erst durch Huschke gebracht bin, in der *Lex Thoria* (bei Spangenberg *Monumenta legalia* S. 15) steht: »s. s. *ex possessione vi eiectus est*, *quod eius quei eiectus est possederit*, *quod neque vi*, *neque clam*, *neque precario possederit ab eo quei eum ea possessione vi eiecerit:*" welche Wortfassung doch wohl ein Ieder für die des interdictum *de vi* halten wird.

rigkeit mit sich, dass in diesem der Besitz dreimal ausgedrückt würde, nämlich erst im *deiecisti*, dann in *cum ego possiderem*, und zum dritten Male in *cum nec vi nec clam nec precario possiderem.* Will man nun auch eine solche Weitschweifigkeit der Wortfassung, in einem Rechtsmittel, welches bestimmt ist Wort für Wort im Prozesse behandelt zu werden, nicht für unwahrscheinlich halten, in sofern sich nämlich in römischen Gesetzen und Rechtsformeln viele Wiederholungen und mancher Wortreichthum wohl finden, dann ist es doch auf der andern Seite auch wahr, dass wo dieses der Fall ist, solche Wiederholungen zur Deutlichkeit und Gewissheit dienen können, oder wenigstens einige Bedeutung haben, während hier das *cum ego possiderem* rein überflüssig wäre, welches nicht nur keinen Nutzen haben würde, sondern wegen der natürlich sich anbietenden Vergleichung mit dem andern Interdicte zu verkehrten Schlüssen Gelegenheit darbieten musste. Die Chicane musste sich natürlich dieses Umstandes bedienen und mit einem bedeutenden Schein von Wahrheit sagen: beim *interdictum de vi armata* wird kein Besitz erfordert, denn in diesem steht nicht: *cum ego possiderem.*

Aber soll wirklich im Worte *deiecisti* schon das Erforderniss des Besitzes ausgedrückt sein? Savigny führt hierfür keine Beweise an; denn die Stellen in dem bezüglichen Pandectentitel, die so etwas am deutlichsten zu sagen scheinen, beweisen nur was unbezweifelt ist, dass für das gewöhnliche Interdict Besitz ein Erforderniss war; eine Erklärung des Wortes *deiicere* enthalten sie nicht [1]). Hingegen kommt *deiicere* vor, wo kein Besitz stattfindet, nämlich beim

1) L. 1 § 9, 23, 26, 45 D. *de vi.* (43. 16.)

Usufructuar [1]). Die natürliche Wortbedeutung selbst zeigt dieses auch nicht an. Wenn Iemand mit Gewalt aus der Kirche, welche er nicht besitzen kann, oder aus dem Hause seines Freundes, welches er nicht besitzen will, geworfen wird, dann ist das Eine sowohl wie das Andre eine wirkliche *deiectio.* Hieraus folgt, dass wenn mit *deiecisse* das Besitzentziehen ausgedrückt würde, es ein Kunstwort wäre, und dann wäre es wahrscheinlich als solches auf uns gekommen; allein wegen der beständigen Verwechslung mit *detrudere* bei Cicero scheint diess der Fall nicht zu sein [2]). Endlich, worauf es hier vorzüglich ankommt, wenn man auch aus den Pandecten z. B. aus L. 3. § 8 D. *de vi* vollständig beweisen könnte, dass *deiicere* diese technische Bedeutung hatte, oder dass *possessio* auch beim Interdict *de vi armata* erfordert wurde, so würde doch beides, was den Sprach- und Rechtsgebrauch zu Cicero's Zeit betrifft, noch Zweifel zurücklassen.

Ich sage, es komme hierauf vorzüglich an, weil ich es für wahrscheinlich halte, dass es zu Cicero's Zeit noch gar nicht ausgemacht war, dass, um im *interdictum de vi armata* gewinnen zu können, Besitz erforderlich gewesen sei. Das Interdict de *vi armata* nämlich war neu [3])

1) L. 3 § 14 *eod.*

2) Savigny beruft sich, um das Gegentheil zu beweisen auf *Caec.* 17; allein ich sehe hieraus nichts weiter, als dass über das Wort *deiicere* eben so sehr, als über jeden andern Ausdruck des Interdicts gestritten werden kann.

3) Man könnte hiergegen in den Worten *pro Caecina* 17, »nam eo verbo (detrudere) *antea* praetores *in hoc interdicto* uti solebant," ein Bedenken finden, allein *in hoc interdicto* kann, da es hier blos auf das häufig vorkommende Wort *deiicere* ankommt, sehr gut von der ganzen Classe verstanden werden, als ob da stände: in dieser Interdictensorte; welches um so eher zulässig, weil im gewöhnlichen Interdict so wohl *detrudere* als *deiicere* vorkam, und zwar so dass *deiicere* in der frühern, *detrudere* in der späteren Redaction gefunden wird. Vergl. *pro Tullio*, S. 104. 107.

und es war erst "in dieser Zeit" *(nunc)* und aus demselben in "jetzigen" Umständen gelegenen Grunde eingeführt, wie das *iudicium* wegen der von Bewaffneten zugefügten Beschädigung — weshalb Cicero den Tullius vertheidigte — ein judicium, welches M. Lucullus erst vor wenigen Jahren eingeführt hatte. War es nun neu, und waren die herkömmlichen Worte *cum ego possiderem* ausgelassen, dann konnte es wirklich so sein, dass, um dieses Rechtsmittel gegen mit Waffen begangene Gewaltthätigkeit wirksamer zu machen, als das gewöhnliche gegen ungewaffnete, vom Gesetzgeber kein Besitz erfordert wurde; oder es konnte auch blos unentschieden und unsicher geblieben sein. In beiden Fällen konnte Cicero, in soweit es diesen Punkt betrifft, eine gute Sache vertheidigen *und* wenigstens einen Grund anführen, der wirklich keine blosse Chicane war, was jedoch sicherlich der Fall wäre, wenn wir mit Savigny ein schon längst bekanntes Interdict annehmen, in welchem der Besitz nicht nur ein Erforderniss, sondern schon seit Jahren als solches in der Praxis anerkannt war.

Um diese Behauptung zu begründen, muss erst nachgewiesen werden, dass das *alterum interdictum* im angeführten Fragmente, von welchem Cicero sagt, es sei "jetzt" eingeführt, wirklich das *interdictum de vi armatis hominibus* ist. Streng beweisen kann man es zwar nicht, bei dem lückenhaften Texte; allein ich glaube, dass man es wahrscheinlicher machen kann, als die Savignysche Erklärung dieses abgebrochenen Satzes. In demselben Fragmente findet sich nämlich hinsichtlich des gewöhnlichen Interdicts *de vi* eine Merkwürdigkeit, von welcher wir nichts wussten, nämlich dass es, (seit wann, bleibt die Frage) mit der Clausel *de dolo* gegeben ward, um so die Ausflucht des Beklagten — ich selbst habe ihn nicht herausgetrieben, sondern einen

Andern hierzu veranlasst — abzuschneiden. Seitdem diess in Gebrauch gekommen, meint Savigny, gab es zwei Interdicte *de vi* (quotidiana), das eine mit der Beifügung *de dolo*, das andre ohne diesen Zusatz: die ältere Formel wäre es nun, von welcher in Cap. 46 der lückenhaften Stelle gesprochen würde, und welche Cicero mit der neuern vergleiche "und es würde ganz irrig sein," sagt Savigny [1]), "wenn man diess von dem int. *de vi armata* erklären wollte."

Gegen diese Ansicht gebe ich Folgendes zu bedenken.

Zuforderst dass ihr zufolge keine hinlängliche Antithese stattfindet, da es doch aus den Worten "*age illud alterum interdictum consideremus, quod item nunc est constitutum*" deutlich sichtbar ist dass Cicero sie wollte, und zwar in der Absicht zu zeigen, wie der, welcher bei der Gewaltthätigkeit Waffen gebraucht, im Rechte Alles gegen sich habe; das gewöhnliche Interdict *de vi*, und dasselbe mit der Clausel, welche den Urheber verantwortlich macht, bieten einen solchen Gegensatz nicht dar.

Zweitens, wenn zwischen beiden hier verglichenen Interdicten kein anderer Unterschied, als die Beifügung *de dolo* stattfand, so begreift man nicht, wozu die Zergliederung des ersten ohne *de dolo* dienen soll, welche von Cicero hier *pro Tullio* mit nicht weniger Eifer als *pro Caecina* vorgenommen wird. Erst wird die Wortfassung angegeben, welche die im Interdicte verbotene Handlung enthält; hierauf folgt das, womit sich der Belangte helfen kann, nämlich 1°. das Erforderniss des Besitzes, 2°. das des untadelhaften Besitzes. Wenn nun das andere neuere Interdict dieselben Eigenschaften hatte, so waren ja

1) S. 409 nota 1.

die Erfordernisse unter N⁰. 1 und N⁰. 2 ganz überflüssig angeführt. Was bedeutet das *cum ille possideret*, welches zwischen *deinde* und *hoc amplius* als ein beachtenswerther Punkt angedeutet wird, wenn das *c. i. p.* in beiden, hier verglichenen, Interdicten vorkam? Auf der andern Seite ist dann unbegreiflich, dass die Hauptsache, der charakteristische Unterschied, *de dolo* nicht genannt wird. Denn in dem ältern *interdictum de vi* konnte man dadurch freigesprochen werden, dass *de dolo* nicht darinstand, und man selbst keine Gewaltthätigkeit begangen hatte.

Drittens ist es noch weniger begreiflich, was Cicero mit der ganzen hier abgedruckten Stelle bewirken will, wenn diese nichts anders, wie Savigny meint, als ein schon einmal gebrauchtes Argument enthält. Er hat ja schon gesagt, dass ein gewisser, uns unbekannter, M. Claudius ein Interdict *de vi* mit der Beifügung *de dolo* gegen ihn habe, und im Interesse seiner Vertheidigung darauf hingewiesen (zwar nicht unwidersprechbar, wenn man es mit dem Pandectenrechte vergleicht), welche Bedeutung diese Worte, auf die für Tullius alles ankam, hatten. Was konnte es nun viel nützen das Interdict wieder anzuführen? Sogar die Vergleichung mit der ursprünglichen Wortfassung des Interdicts, in welcher sich kein *de dolo* fand, war schon angestelt; und musste diese aus der Angabe der ausserordentlichen Umstände des erstgenannten mehr Kraft erhalten, dann war nicht hier, sondern in Cap. 30, S. 104 die rechte Stelle, ehe der Beweis mit *hoc persimile* u. s. w. geschlossen wurde.

Hingegen, und das ist ein vierter zu berücksichtigender Punkt, wenn man annimmt, dass das *interdictum de vi armata* zur Vergleichung hingestellt ist, entspricht die Vergleichung der Absicht des Redners,

nämlich zu zeigen, dass zwischen einfacher Gewaltthätigkeit und bewaffneter Gewaltthätigkeit nicht blos im fraglichen Falle, über welchen der Prozess geführt wurde, sondern im Allgemeinen juristisch ein unendlicher Unterschied stattfindet; dass im erstern Falle dem Beklagten noch viele Exceptionen gelassen um frei zukommen, die ihm im zweiten Falle genommen sind; und dann ist es auch erklärlich, warum die von Cicero *tot defensiones* genannten Beschränkungen, welche im alten *interdictum de vi* vorkamen, aufgezählt werden.

Fünftens muss ich erinnern, dass allem Anscheine nach Cicero auch noch eine Vergleichung anstellen wollte zwischen dem Interdicte, welches wir hier näher zu bestimmen suchen, und dem judicium über welches er seine Vertheidigungsrede hält: das liegt m. E. in den Worten "*quod item nunc est constitutum, propter eandem iniquitatem temporum, nimiamque hominum ....*" verglichen mit seiner Darstellung in Cap. 8 (S. 99. i.) "*tum hoc iudicium paucis his annis propter hominum malam consuetudinem nimiamque licentiam constitutum est — esset.*" Bürgerkrieg und Unruhen, in welchen ein Jeder bereit war, sich selbst Recht zu verschaffen, und mit bewaffneten Sclavenbanden Gebäude einzunehmen, Aecker zu verwüsten, Menschen zu tödten, hatten strenge Bezügelungsgesetze hervorgerufen; neben den gewöhnlichen Klagen wegen Diebstahl und Beschädigung (*actio furti* und *L. Aquiliae)*, die allerlei Ausreden Raum liessen, hatte Lucullus als Praetor zwei strenge Klagen eingeführt, in welchen nur nach der Thatsache, ohne aufs wie und warum zu achten, gefragt wurde, um Diebstahl und Beschädigung, mit Waffengewalt verübt, zu bezügeln. So erzählt Cicero die Geschichte der *actio de damno armatis hominibus*, und nach einer sehr zu billigenden Annahme Cramer's und Savigny's, gestützt auf

L. 2 pr. § 3, 12 D. vi bon. rapt. (47. 8) ist dieses auch die Geschichte der andern Klage [1]). Nun nennt der Redner an einer andern Stelle ein Interdict, welches auch in der unglücklichen Zeit des Bürgerkriegs eingeführt ist, und diesem gegenüber setzt er ein altes, gewöhnliches, vielfach beschränktes Interdict: ist es nun nicht wahrscheinlich dass auf erstgenanntes Interdict die Zeit ihr Siegel gedrückt, dass dasselbe auch streng war und alle gewöhnlichen Ausflüchte abschnitt; und ist eine solche, vom gewöhnlichen Interdict abweichende Strenge wohl im einfachen Zusatze *de dolo* schon zu finden? Ich lege dem Leser die Frage vor, ob in der einfachen Beifügung des *de dolo* eine hinlänglich wichtige Veränderug liegt, um dieselbe durch einen Zeitlauf von mehr als hundert Jahren (das gewöhnliche *interdictum de vi* war *apud maiores nostros* gebräuchlich sagt Cicero, d. h. vor mehr als fünf Geschlechtern [2]), und durch die Umstände eines Bürgerkriegs zu motiviren? Savigny nimmt ein gewöhnliches von jeher gebräuchliches *interdictum de vi* an, und ein in späterer Zeit unter ausserordentlichen Umständen eingeführtes, und dieses letztere sei doch nur das gewöhnliche *de vi*, jedoch mit der Clausel *de dolo;* hingegen meint Savigny noch stets, die beiden Interdicte, *de vi*, und *de vi armatis hominibus* seien **ein** Interdict [3]). Aber ich lasse den Leser urtheilen, für welche von beiden Zusätzen die von Cicero angeführten Umstände, Unruhen, Bürgerkrieg und Selbsthülfe am meisten passen, für *de dolo* oder für *coactis armatisve*

---

1) Savigny, *Ueber Cicero pro Tullio und die Actio vi bonorum raptorum.* (*Vermischte Schriften III.* 228).

2) L. 10. § 7 D. *de gradibus* (38. 10.)

3) S. 459 *der fünften Ausgabe.*

hominibus; welcher von beiden in diesen Umständen der nöthigste war: der, durch welchen Gewaltthätigkeit, die man nicht selbst verübt, sondern nur befohlen oder verursacht hat, gesteuert wird, oder der, welcher gegen Gewaltthätigkeit, mit bewaffneten Banden ausgeführt, gerichtet war. Es sollte mich sehr wundern, wenn Iemandem hier die Wahl schwer fiele.

Sogar bin ich sehr geneigt, im Gegensatze von Savigny's Erklärung, der natürlichen Sachlage wegen anzunehmen, dass das Interdict zwischen Cicero und M. Claudius mit dem Zusatze *de dolo* nicht nur mit dem uralten Interdicte *de vi* ein und dasselbe ist, sondern auch, dass der Zusatz auf welchen Cicero aufmerksam macht, eine sehr unbedeutende Modification war. Das *de dolo* ist ausserdem sehr bedenklich; wenn man, wie Savigny, mit den Pandecten gegen Cicero streitet, könnte man sehr gut behaupten, dass die Worte *dolo* oder *de dolo* zwar die Bedeutung, welche Cicero in sie legt, haben können, aber eigentlich etwas ganz anders bedeuten müssten. Wir haben wenigstens ein Beispiel im praetorischen Edicte, wo diess der Fall ist, in der L. 4. § 2 D. *Ne quis eum qui in ius vocab.* (2. 7.) Der Praetor hatte edicirt: NE QUIS EUM, QUI IN IUS VOCABITUR VI EXIMAT, und er liess darauf folgen: NEVE FACIAT DOLO MALO QUO MAGIS EXIMERETUR: aus diesem Zusatze ersieht man dass die Worte *dolo malo* an und für sich nicht hinreichten, zu sagen: ES SEI SELBST, ES SEI DURCH EINEN ANDERN, sondern dass hierzu noch NEVE FACIAT QUO MAGIS EXIMERETUR nöthig erachtet wurde; während auf der andern Seite die Worte DOLO MALO, im directen Widerspruche mit Cicero's Behauptung, die Tendenz hatten, den Beklagten zu beschützen; wenigstens so verstand Paulus diese Worte.

Ferner wissen wir aus guter Quelle, dass sowohl das Einfügen des DOLO MALO in eine Klage, und das Auslassen desselben im römischen Prozesse sehr gewöhnlich war. In die Klagen z. B. wegen *depositum*, *commodatum* ward, nach Gaius, wenn man die *formula in factum concepta* gebraucht, beigefügt DOLO MALO *eius redditum non esse* [1]), was bei solchen Actionen sonst nicht gewöhnlich war; ein Umstand woraus zugleich deutlich wird, warum eine verkehrte *demonstratio* gerade bei der *formula in factum* für nachtheilig gehalten wurde [2]); aber diess bewirkte nicht, dass es nicht dieselbe Klage blieb und doch *depositi* und *commodati* genannt wurde. So wurde wiederum die Erwähnung des *dolus malus* auch wohl da weggelassen, wo es nach dem gemeinen Rechtsgebrauche zur Actio gehörte; z. B. wenn das persönliche Verhältniss zum Beklagten diese Verletzung nicht erlaubte, und dann setzte man sogar in eine *in factum actio* statt DOLO MALO die Worte: EX FIDE BONA, wovon ein merkwürdiges Beispiel in L. 11. § 1 D. *de dolo* (4. 3.) sich findet.

Diese sind die Gründe, welche mir Savigny's Hypothese weniger annehmbar machen, als die hier vertheidigte; allein die Darstellung des Interdicts *de vi* will ich hiermit nicht angegriffen haben, so wohl das *quotidianum*, in welches man *de dolo* setzen konnte, als das Interdictum *de vi armatis hominibus* halte ich für *recuperandae possessionis*, für welche auch Savigny sie erklärt, und in welchen der Besitz ein Erforderniss war. Aber dass dieses schon so war, als Cicero für Caecina und Tullius seine Vertheidigungsreden hielt ist nicht ausgemacht. So gut als

1) Gaius IV. 47.
2) Gaius IV. 60.

ganze Interdicte und Actionen untergehen konnten, eben so gut konnten noch bestehende ihr Wesen verändern oder erst mit der Zeit ihren rechten Charakter erlangen. Hieran wollte ich vorzüglich in diesem Beitrage erinnern, weil es hierauf für die Beurtheilung der Rede *pro Caecina* sehr ankommt. Dass übrigens keine schlechten Vertheidigungsgründe in dieser Rede vorkommen können, ist hiermit nicht behauptet und sogar Cras ging so weit nicht; obschon das *propter usumfructum* in Cap. 32 eine so arge Ketzerei ist, dass man es wohl wagen dürfte, den Handschriften zu widersprechen. Warum sollte es keine Glosse sein können [1]), da wir doch solche Glossen, sowohl marginale als interlineare, und besonders in den Handschriften von Cicero's Reden kennen, und so leicht eine Glosse in den Text gerathen konnte? Dass Caecina den Besitz von Caesennia erbte, ist gewiss kein gutes Pandectenrecht: aber Cicero konnte das zu seiner Zeit vielleicht auch sehr gut glauben und behaupten. Es ist ja bei uns so [2]), und wer den historischen Ursprung dieses Rechts nicht kennt, kann sehr leicht glauben, dass dieses selbstredend sei. Doch der vorzüglichste Beweisgrund war, dass Caecina keinen Besitz nöthig hatte, worauf Cicero mehr Gewicht legte, als auf den Besitz, den sein Client gehabt hatte. Dass Cras es aufgab, kann man ihm nicht verdenken; aber wir haben neue Quellen, solches Material, dass es für ein zweites "Specimen iurisprudentiae Ciceronianae" über diese

1) So nahm Cras mit Lambinus an. Ob die Stelle in ältern Handschriften verstümmelt und verdorben aussieht muss ich unentschieden lassen. In den Manuscripten des XV Jahrhunderts, die ich zu Neapel im Museo Borbonico verglichen, ist sie vollständig und es steht sehr deutlich *propter usumfructum.*

[2) Art. 597 Bürgerl. Gesetzbuch, Code Nap. 724.]

Rede nicht an neuem Stoff ermangelt, dessen Bearbeitung ich den jüngeren Academie-Bürgern die Neigung für solche Studien und für die Ehre haben, mit Cras genannt zuwerden, anbefehle 1).

---

1) Diese Abhandlung war schon dem Drucke übergeben, ehe mir Ph. Ev. Huschke's Anmerkungen über die hier behandelte Stelle Cicero's, (in Imm. Huschke's *Analecta litteraria*, Leipzig 1826) bekannt geworden, welches man so wohl wegen des Titels, als wegen der Art der Sammlung entschuldigen wird. Obgleich nun zwischen unseren Gründen viele Uebereinstimmung herrscht, meinte ich doch meinen Beitrag nicht zurückhalten zu dürfen, weil diese Gründe hier näher entwickelt, und weil einige andre hinzugekommen; ausserdem konnte Huschke die ganz abweichende Erklärung Savigny's, welche noch nicht vorhanden war, nicht berücksichtigen.

IV.

UEBER DIE WAHRE DEFINITION DES *FURTUM* IM ROEMISCHEN RECHTE 1).

Quam caste et quam religiose a prudentissimis viris quid esset furtum, definitum sit, praetereundum non puto.
GELLIUS.

Die Definition des *furtum* im römischen Rechte scheint mir von Vielen, ungeachtet ihrer Richtigkeit und Deutlichkeit, zum Nachtheile ihrer Brauchbarkeit für das heutige Recht, verkehrt aufgefasst zu sein, und zwar auf eine anstössige und ungereimte Weise. Den Grund hiervon untersuchend, fand ich, dass hier nicht nur die richtige Erklärung, sondern auch eine kritische Behandlung des Textes mangelte. Nicht nur im Interesse der Wissenschaft, deren Ansprüche ich für ebenso rechtmässig halte, als die der Praxis, sondern auch im Interesse dieser selbst, meinte ich diess entwickeln zu müssen, und zwar um so mehr, da es mit wenigen Worten geschehen kann.

Die Anleitung zum Missverständniss habe ich in dem Umstande gefunden, dass eigentlich zwei Definitionen

1) In *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid* door den Tex en van Hall. VIII. 1834. 34—41.

des *furtum* in den römischen Rechts-Quellen vorkommen, scheinbar eine und dieselbe, eine gute und eine schlechte, die gute findet sich bei Paulus in den Pandecten, L. 1. § 3. D. de furt. 47, 2, die schlechte in Justinian's Intstitutionen; zwischen welchen beiden Definitionen man nie einen Unterschied gemacht hat.

Von §. 1. Inst. *de obl. quae ex del.* kommen zwei verschiedene Lesarten vor. In den bekannten Amsterdamschen Ausgaben stehet:

> *Furtum est contractatio fraudulosa* LUCRI FACIENDI GRATIA, *vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere* [1]).

Diese Definition kommt, wie wir sogleich sehen werden der in den Pandecten sehr nahe, und ist wissenschaftlich die bessere, allein sie beruhet auf einen falschen Text, und ist deshalb aus den neuern Ausgaben [2]) verschwunden. Diese geben nämlich, der Autorität der meisten und besten Handschriften folgend, einstimmig einer andren den Vorzug, in welcher die Worte *lucri faciendi gratia* nicht vorkommen, und *rei* zweimal gefunden wird:

> *Furtum est contrectatio* [3]) REI *fraudulosa*, VEL IPSIUS REI, *vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.*

Dass diese für richtig zu halten ist, sieht man ausser aus den Manuscripten [4]) auch aus Theophilus, der

---

1) Wir haben diese Lesart von Gothofredus, sie steht aber auch bei Haloander, und sogar in Handschriften, was Charondas nicht wusste, vgl. die Anmerkungen zu Theophilus h. t.

2) Von Biener, Bucher, Beck, Kriegel und Schrader.

3) Auch wohl *contractatio.*

4) S. Schraders Ausgabe, § 4; mit den hier angeführten stimmt auch eine Handschrift aus dem vierzehnten Jahrhundert überein, die von unserer Regierung 1829 für die Universität zu Löven aus der Bibliothek der Abtei vom Park angekauft ist.

zweimal *rei* hat, und das *lucri faciendi gratia* nicht erwähnt; wesshalb die Abweichung in der erstgenannten Lesart wahrscheinlich aus einer späteren, theils willkürlichen, theils aus den Pandecten entlehnten Verbesserung entstanden ist.

"Diebstahl ist es," sagt Theophilus, "wenn man unehrlich die Hand legt an eines Andern Sache, welches dem Bestohlenen Schaden bringt, entweder an der *Sache*, oder an deren Gebrauch, oder am Besitze [1])."

Das Wort *πρᾶγμα*, *res*, welches wir mit *Sache* übersetzen, nennt er zweimal, und vom *lucri faciendi gratia* spricht er nicht; so wie man jetzt in den neuern Ausgaben liest.

Diesem bestätigenden Zeugnisse von Theophilus schliessen sich zwei spätere an, die auch als historischer Beitrag nicht unbedeutend sind, nämlich die Turiner Glosse und das Zeugniss von Accursius.

Die Turiner Glosse, nicht die dem zehnten Jahrhunderte zugeschriebene ältere, sondern die spätere vom zwölften oder dreizehnten, sagt

> ... *cum scilicet (add. non) sit contrectatio incorporalium, ergo non est furtum; sed cum* ***res*** *contrectatur fit fraus quandoque ipsius* ***rei***, *quandoque usus, quandoque possessionis.*

Hier ist, ausserdem dass *res* zweimal vorkömmt, die Verbindung von *fraus* mit *res*, *usus*, und *possessio* sehr merkwürdig, gerade als wenn dieser Glossator des Theophilus *ἀδικοῦσα περὶ αὐτὸ τὸ πρᾶγμα* u. s. w. vor sich gehabt hätte. Dass er sich mit den Institutionen, und nicht mit den Digesten befasst, ist kei-

---

1) *κλοπὴ δέ ἐστιν ἀλλοτρίου πράγματος κακίστη ψηλάφησις, ἀδικοῦσα τὸν τὴν κλοπὴν ὑποστάντα, ἢ περὶ αὐτὸ τὸ πρᾶγμα, ἢ περὶ τὴν χρῆσιν αὐτοῦ, ἢ περὶ νομην.* S. auch **Theoph.** ad § 3 J. de usu ap.

nem Zweifel unterworfen, denn es ist eine Glosse neben und theils zwischen dem Institutionentexte [1]).

Accursius nahm aus seinem Vorrathe: Subaudi, *lucri faciendi gratia;* also weder er noch seine *auctores* kannten eine *litera*, in welcher *lucri faciendi gratia* stand.

Die letztgenannte Lesart ist also der Text von Justinian, den seine Redactoren in die Institutionen gesetzt haben, um den Begriff des *furtum* zu bestimmen. Diese Definition ist nun, folgender Gründe wegen, schlecht und unbrauchbar:

1⁰. Steht *res* zweimal da, so dass das eine sinnstörend ist. *Furtum est contrectatio rei, vel ipsius rei, vel etiam*... ein Angreifen der Sache, welches auch wohl nicht der Sache, sondern von etwas Andern sein kann. Wenn das *vel ipsius rei* weggelassen würde, blieb der Gedanke derselbe, und man widerspräche sich nicht.

2⁰. *Contrectatio usus possessionisve* ist ungereimt, weil Gebrauch und Besitz Wörter sind, die eine Handlung und einen Zustand bezeichnen, welche man nicht betasten oder angreifen kann. Die Ungereimtheit wird noch grösser, wenn man bedenkt dass die römischen Juristen dem Worte *contrectatio* gewöhnlich die technische Bedeutung von *amovere* gaben; wegführen, wegbringen kann man wohl die Sache, die Substanz, aber nicht den Gebrauch oder Besitz derselben, welches eigentlich unkörperliche Sachen sind, *res quae intelliguntur.*

Zu diesen zwei Fehlern kömmt noch ein dritter, durch den aber nur eine Unvollständigkeit und kein Unsinn entstehet. Nämlich das *lucri faciendi gratia* ist etwas Wesentliches, ist erforderlich, um den Diebstahl

1) v. Savigny, *Gesch. des R. R. i. Mittelalter.* III. 665. 715.

von einem verwandtem Delicte, nämlich vom *damnum iniuria datum* zu unterscheiden; es darf daher nicht wegbleiben, Cuiacius sagt zwar, das Wort *fraudulosa* wäre hierfür hinreichend, allein sein Grund ist nicht genügend. Fraus hat eine subjective und eine objective Bedeutung; subjectiv heisst es so viel als *dolus*, eine unehrliche und unrechtliche That, objectiv ist es der Nachtheil oder der Schaden, das *ἀδικοῦσα* des Theophilus. Die erste Bedeutung kann natürlich den Diebstahl nicht charakterisiren, denn *dolus* kommt bei allerlei Delicten vor; aber auch letztere ist hierzu nicht hinreichend, denn wenn man eines Anderen Sache wegnimmt und ohne Eigennutz, aus Bosheit oder Unvorsichtigkeit verdirbt, so ist das wohl eine Beschädigung, aber kein Diebstahl [1]).

Wenn diese Bemerkungen nun richtig sind, und die Untauglichkeit der Definition beweisen, so haben wir guten Grund zu glauben, dass sie nicht von den römischen Rechtsgelehrten herrührt, denen eine solche Ungereimtheit anstössig gewesen wäre. Dieses ist aber keine blosse Vermuthung.

In der L. 1. §. 3 D. de furtis (47. 2.) steht in der von mir verglichenen Florentinischen Handschrift:

FURTŪ
EST CONTRECTATIO REI FRAUDULOSA LU
CRI FACIENDI GRATIA VEL IPSIUS REI VEL ETI
AM USUS EIUS POSSESSIONISVE QUOD LEGE
NATURALI PROHIBITUM EST ADMITTERE.

---

1) »Nec enim factum quaeritur sed causa faciendi.“ L. 39 D. de furtis (47. 2.) Vgl. auch L. 54. §. 1 eod. Auf der andern Seite ist es kein Einwurf, dass nicht alle Juristen das Eigennützige ausdrücklich erwähnen, z. B. Paulus nicht R. S. II. 31; sollte ein solches *argumentum a silentio* etwas bedeuten so müssten wir erst ihre vollständige Werke haben. Paulus ist es gerade, der uns von diesem Erfordernisse Mittheilung macht.

In welcher Hinsicht diese Definition besser ist, folgt schon aus dem bis jetzt Gesagtem, und braucht hier blos angedeutet zu werden. *Contrectatio* REI muss stehen, weil jedenfalls, es sei ein *furtum* an der Sache selbst begangen, oder am Gebrauche, oder am Besitze, das Angreifen, Anfassen, Wegbewegen blos an der körperlichen Substanz denkbar ist; *lucri faciendi gratia*, aus Eigennutz um sich zu bereichern, weil man auch wohl mit anderen Absichten eines Andern Sache angreifen kann, und auch weil sonst das *contrectatio* auch auf *usus possessionisve* sich beziehen würde; endlich ist *vel ipsius rei* hier nicht überflüssig, so wie im Institutionentexte, weil es zum *lucri faciendi gratia* gehört: nämlich man kann beabsichtigen, sich durch die Sache selbst, durch deren Gebrauch, oder durch deren Besitz zu bereichern. Wenn man so liest und erklärt, bekommt die Definition nicht nur einen richtigen Sinn, sondern auch eine grosse Vollständigkeit. Theophilus scheint gefühlt zu haben, dass *contrectatio* nicht zu *usus possessionisve* gehört, denn er verbindet dieses letztere mit fraudulosa: *ἀδικοῦσα περὶ τὴν χρῆσιν ἢ περὶ νομήν*: aber das geht nur in seiner Paraphrase, nicht im Texte. Man müsste dann das Wort *fraudulosa* nehmen für *fraudem faciens*, und *usus possessionisve* für *in usu possessioneve*, was die Sprache nicht zulässt; aber *lucrum facere usus possessionisve* hat nichts Anstössiges.

Dass die von Paulus in der L. 1. § 3. gegebene Definition so erklärt werden muss, ist durch äussere Gründe nicht beweisbar; aber warum sollen die Alten nicht die bessere Erklärung gehabt haben, wenn der Text ungezwungen so interpretirt werden kann? Uebrigens gebe ich diese Erklärung nicht für etwas Neues; sie bestehet schon seit lange, und war unbezweifelt gebräuchlich zur Zeit, als die Basiliken verfasst wurden

da lautet doch Lib. LX. T. 12. 1. unsere Definition: *κλοπὴ γὰρ ἐστιν ἀπατηλὴ τοῦ πράγματος ψηλάφησις, ἐπὶ τῷ κερδάναι αὐτὸ, ἢ τὴν χρῆσιν, ἢ τὴν νομὴν αὐτοῦ, ὅπερ ἁμάρτημα καὶ τῷ φυσικῷ νόμῳ κεκώλυται* [1]), man kann sie auch mit deutlichen Worten bei Vinnius [2]) lesen, aber sie war nicht auf Texteskritik gegründet, und wurde darum fast von den Meisten übersehen. Vinnius lässt nämlich seine Leser glauben, dass in den Institutionen die richtige Definition stände, welche er aber dadurch, dass er das erste *rei* weglässt, zweideutig macht. Hierzu kam noch, dass in den Compendien, z. B. von Westenberg und Heineccius, die Definition zerstückelt ist, und auf diese Weise das Missverständniss beinahe unvermeidlich ward; der Leser konnte jetzt noch weniger sehen, ob *usus eius possessionisve* zu *contrectatio*, oder zu *lucri faciendi gratia* gehört. Dass dieser Fehler ziemlich verbreitet ist, sieht man unter andern aus Mühlenbruch, bei welchem, recht verkehrt, steht: "furtum est contrectatio rei fraudulosa, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve," Betastung des Gebrauchs und des Besitzes [3])! Bei Heineccius und Hofacker ist *contrectatio* wenigstens mit *interversio* verbunden, und hierdurch das Anstössige weggenommen, obschon die verkehrte Auffassung geblieben. Aber wie verschieden diese Definition verstanden wird, zeigt ein merkwürdiges Beispiel in den *Bijdragen* IV. S. 641, wo die Strafbarkeit des *furtum usus* und des *furtum posses-*

1) Vgl. den Schol. ad d. l. wo in derselben Weise gesprochen wird.

2) Ad §. cit. »*Vel ipsius rei vel usus possessionisve.* Hoc est ea gratia, ut quis lucrum faciat vel totius rei, quam contrectat, vel usus eius aut possessionis duntaxat: nam ipsa contrectatio tantum corporis est."

3) *Doctrina Pandectarum*, Halae 1831, II. § 447. Ebenso verkehrt ist sie bei Warnkönig, *Inst.* §. 484, doch richtig in dessen *Comment. Jur. Rom. Priv.* II. S. 407.

sionisve als eine Folge "der viel umfassenden und auf der römischen Ansicht von Eigenthum beruhenden Bedeutung des Wortes *res*" dargestellt wird, so dass die Erwähnung des *usus* und *possessio* auch wohl hätte unterbleiben können, weil diese beide Sachen schon im Worte *res* begriffen wären, und die *contrectatio rei* zugleich eine *contrectatio usus* und *possessionis* in sich enthielte. Diess ist ein neues Missverständniss zu den übrigen: denn *res* kann sicherlich im römischen Rechte, ebenso wie in unserer Sprache das Wort *Sache*, allerlei unkörperliche Sachen, Ideen und Rechtsverhältnisse bedeuten [1]), aber wenn man von *contrectatio*, von Angreifen und Wegnehmen spricht, dann ist diess der Fall nicht. — Hätte der Vertheidiger a. a. O. die Definition ganz und wörtlich aus den Pandecten angeführt, und sich an die Florentina gehalten, so wäre er in diesen Irrthum nicht gerathen; es ist selbstredend, dass dieses hier allein im Interesse der Wissenschaft erwähnt wird, um die Nothwendigkeit des Quellenstudiums zu zeigen, nicht um jenem Beamten die ihm gebührende Achtung zu schmälern. Gewiss ist es, dass diese Nothwendigkeit auch die Praxis betrifft und sich auch auf Gesetzgebung und Rechtspflege erstreckt, obschon das römische Recht in *parte qua* abgeschafft ist: aus dem angeführten Beispiel ist das ersichtlich: aber auf der anderen Seite ist es gewiss wahr, dass sie von Vielen verkannt wird, und darum darf wohl einmal wieder darauf gedrungen werden.

---

1) J. de reb. incorp. (2. 2.) L. 1. § 1 D. de div. rer. (1. 8.)

V.

UEBER DAS *BENEFICIUM COMPETENTIAE* [1]).

Die von den Neuern *beneficium competentiae* genannte Rechtswohlthat, bei den Alten bezeichnet *condemnari quantum facere potest*, wird gewöhnlich so aufgefasst, dass es dem Schuldner erlaubt sei, einen Theil seines Vermögens, oder eine Geldsumme, für nöthige Alimente, zu behalten. Man findet gegen diese Theorie einigen Widerspruch in der Glosse [2]), sie ist aber von den Schriftstellern des siebzehnten, achtzehnten und gar des neunzehnten Jahrhunderts angenommen. Es scheint dass Cuiacius, seiner Vorlesung über das 42te Buch der Digesten nach, diese Meinung nicht theilte; und gewiss ist es, dass Hugo sie verwirft. Im *Civilistischen Magazin*, III, p. 421: sagt er zur L. 26 D. de cond. indeb. "Ihn darauf belangen kann ich freylich nicht, nicht machen, dass er servus wird, auch nicht, dass er wenigstens geben

1) In *Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste*, T. I. 389-405, *Liège* 1826.

2) Sed an in socio habeatur ratio ne egeat? Resp. sic: ut J. de reg. jur. 6° in condemnatione. ALII CONTRA: Ut arg. Inst. de act. §. Item, si de dote. Sed et illud sic intelligendum est; id est, in quantum facultates patiuntur: scilicet commode; deducto tamen ut non egeat.

muss so viel er geben kann. Quantum facere potest."

Und in der Rechtsgeschichte, S. 796 der 9ten Ausg.: "Das in quantum facere potest wird nun so verstanden, dass der Schuldner auch seinen nothdürftigen Unterhalt haben soll." Diese Meinung Hugo's will ich hier näher entwickeln, und zu beweisen suchen dass das Recht auf den nothdürftigen Unterhalt, *ne egeat*, keineswegs das Wesen der fraglichen Wohlthat ausmacht, dass es nur eine später hinzugekommene Modification ist, und dass selbst den Worten des Privilegiums zufolge der Schuldner auf den ganzen Betrag seines Vermögens verurtheilt werden muss, oder so wie Hugo es genau ausdrückt, so viel geben muss als er geben kann.

Fürerst müssen wir die natürliche Bedeutung der Wörter, welche diese Rechtswohlthat bezeichnen, aufsuchen. Unbezweifelt bedeuten die Worte *quantum, quatenus, id, quod facere potest*, alles was er im Stande ist zu thun, und das Wort *thun* (facere), was wohl niemand bezweiflen wird, bezieht sich auf den Zustand seines Vermögens. Der Schuldner ist also verurtheilt, aus seinem gänzlichen Vermögen so viel zu bezahlen, wie dieses aufbringt, so viel als man daraus ziehen kann; und der, welcher nach dem Verkaufe seines Vermögens eine hinlängliche Summe für das Nöthige zurückbehält, der hat nicht gethan was er thun konnte. So wird *quantum facere potest* auch mit dem Ausdrucke *facultates* bezeichnet, unter andern § 37, Inst. *de act.* "*quatenus facere possit, id est quatenus facultates eius patiuntur* 1)." Da nun *facultates* das ganze Vermögen bedeutet, und nicht blos den Betrag des Vermögens nach Abzug der Alimente, so können wir das *facere* posse auch nicht anders

1) Vergl. L. 49 D. *de pactis* (2. 14) L. 30 D. *de re iud.* (42. 1).

verstehen, und die natürliche Bedeutug des Verbum, wird wohl dieselbe als die des Substantivs sein. Thibaut [1]) meinte, dass man das *quantum facere potest* in einer uneigentlichen oder technischen Bedeutung verstehen könne, ungefähr wie man noch heutigen Tages spreche: ein von seinen Gläubigern gedrängter Schuldner sage *das ist alles was ich thun kann*, und meine dann zwar nicht gerade den letzten Pfennig zu geben; warum sollte dasselbe nicht so bei den Alten gewesen sein? Nun ist diess wirklich leicht möglich; allein die Alten selbst haben uns eine andere Erklärung angewiesen; *facere posse* entspricht dem *facultates*, und dieses Wort hat nichts technisches. *Saepe de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines,*" sagt Gaius [2]): man betrügt sich leicht über seinen Vermögenszustand; es ist doch gewiss das Totalvermögen, von welchem er hier spricht. Uebrigens muss man keine technische Ausdrücke annehmen, so lange der natürliche und einfache Wortsinn eine hinlängliche Erklärung darbietet. Im fraglichen Falle ist dem so, und die Stellen, welche wir anführen werden, mögen zugleich zur Bestätigung von dem dienen, was wir von der Bedeutung des Wortes *facere* sagten; sie werden zeigen, dass die Römer diesen Ausdruck in der gewöhnlichen Bedeutung gebrauchten. Was hindert uns, das *facere posse* buchstäblich zu nehmen? Zwei Hauptgründe scheinen es zu verbieten. Erstens, hat man gefragt, wenn der Schuldner von Allem beraubt ist, wo ist dann die Wohlthat? und dann kamen die Texte, in welchen vom Nothwendigen gesprochen wird, das den begünstigten Personen gelassen wird, damit sie sich nicht im

---

1) *Abhandlungen* N°. 16.
2) L. 10 D. *qui et a quibus manumissi* (40. 9.)

Elende befänden, *ne egeant.* Thibaut[1]) hat erstgenannten Einwurf bei Gelegenheit der *Schoemann*schen Theorie vorgebracht; dieser hatte eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Personen, denen diese Wohlthat zukommt, gemacht; er gab das Recht auf Alimente nur dem Schenker, den Eltern, und dem, der bonis cedirt; den übrigen begünstigten Personen, dem Manne, dem socius, u. s. w., diesen vergönnte er sie nur im Falle einer wiederholten Insolvenz und nicht gleich bei der ersten: d. h. bei der ersten durch die Frau oder den socius hervorgerufenen Verurtheilung konnte der Verurtheilte dann nichts für Alimente abziehen; im Gegentheile musste er alles, war er hatte seinen Gläubigern überlassen, und zwar ohne irgend einen Abzug.

"Enthielten die Gesetze wirklich etwas der Art, so würden sie gradezu den Vorwurf der Ungereimtheit verdienen. Denn kein Schuldner braucht mehr herauszugeben, als er besitzt, weil sich das Unmögliche nicht möglich machen lässt; und so wäre es eine der grössten Sonderbarkeiten, wenn die Gesetze gewissen Personen als Vorrecht beilegten, was sich schon nach gemeinem Rechte für Iedermann von selbst versteht."

So deutlich diess auch zu sein scheint, so muss ich doch bekennen, über die Bedeutung dieser Stelle gezweifelt zu haben, so viel Mühe kostete es mir, mich davon zu überzeugen, dass Thibaut so argumentirt habe. "Kein Schuldner ist gehalten mehr zu geben, als er hat" bedeutet das, dass mit der Zahlungsfähigkeit des Schuldners auch die ihm obliegende Verbindlichkeit aufhört? dass in diesem Falle die rechtmässige Obligation der physischen Macht der Umstände unterworfen ist? Auf diese Weise könnte Iemand, der

1) In der angeführten Abhandlung.

von Allem entblösst ist, keine Schulden haben, der Concurs gränzte so fast an die Zahlungsfähigkeit, und das Schuldengefängniss wäre in diesem Falle nichts als eine Ungerechtigkeit. Dann würde Martial's [1]) Satire ein juristisches Dogma sein:

Sexte nihil debes; nil debes, Sexte, fatemur
Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest.

Ich kann nicht glauben dass ein so mit Recht geachteter Gelehrter, wie Thibaut, diese Absurdität sagen wollte; meinte er nicht vielmehr, dass durch die That der Schuldner, welcher sich von Allem ent blösst hat, von seinen Glaubigern nicht mehr angesprochen wird, dass ein zweiter Verkauf seines Vermögens nicht stattfinde, und dass er folglich — abgesehen vom Schuldengefängniss — vor jede Verfolgung geschützt ist; eine Lage die man fast als ein Recht betrachten kann, in sofern als die Gesetze unnütze Prozesse nicht begünstigen, und der Magistratus seine Hülfe zu diesen nicht verleihen wird. Folglich, wenn das die Lage jeglichen Schuldners sein kann, dann ist kein Grund vorhanden, diess zu einer Rechtswohlthat umzustempeln. Ich weiss nicht, ob diese Argumentation wirklich in angeführter Stelle enthalten ist, aber ich kann in ihr keinen verständigern Gedanken finden; fasst man sie auf diese Weise auf, so kann man einigermassen die Folgerung zulassen; aber nur in einem Punkte. Es ist wahr, dass für den Augenblick der Schuldner nicht gezwungen ist, mehr zu geben, als er hat, da diess unmöglich ist; aber so bald sich seine Lage verbessert, wird er gezwungen werden, d. h. bei seinem ersten neuen, nur ein wenig erheblichen Erwerbe. Hieraus folgt, dass der Schuldner, welcher alles ohne irgend einen

1) II. 3.

Abzug, seinen Gläubigern überlassen hat, doch ein bedeutendes Privilegium geniesst, wenn er, anstatt auf das Ganze, auf den Betrag des Vermögens welches er hat verurtheilt wird: weil er dann gänzlich befreit ist und in der Zukunft nicht mehr wegen derseben Schuld in Anspruch genommen werden kann. Die ursprüngliche Obligation ist durch die Litiscontestation aufgehoben, und durch das Urtheil in die *ex causa iudicati* [1]) übergegangen; ebenso kann die *actio iudicati* nicht mehr gegen ihn angestellt werden, da er — wie wir angenommen haben — dem Urtheile genügegeleistet hat, alles was er hatte, *quantum facere* potuit, abstand, das ist gerade, wozu er verurtheilt war. Noch mehr, nehmen wir an, dass er wegen derselben Schuld nochmals angesprochen werden kann, dann ist der Vortheil der Rechtswohlthat dennoch sehr bedeutend. Es findet sich hiervon ein Beispiel in L. 8 C. *soluto matrimonio* (5. 18) durch l. 63. § 4 D. pro socio (17. 2) bestätigt. Nach diesen Stellen kann der Mann nur dann sein Privilegium geniessen, wenn er durch eine Stipulation sich zur Nachzahlung verpflichtet, im Falle dass er wieder zahlungsfähig geworden: *postea idoneus factus.* Diess beweist, dass es nach der Urtheilsvollziehung keine Klage mehr gegen den Beneficiaten giebt; denn den angeführten Stellen zufolge, denen man noch L. 47. § 2 D. *de peculio* (15. 1) und L. un. § 7 C. *de rei ux. act.* (5. 13) beifügen kann, ist eine ausdrückliche Uebereinkunft, eine *cautio* erforderlich, damit gegen den wiederzahlungsfähigen Schuldner eine Klage entstehen könne. Diess beweist ausserdem, dass dieses Privilegium in der Bedeutung, welche wir demselben beilegen, auch in diesem Falle nicht aufhörte eines zu sein, da die Stipulation die

1) Gaius III. 180.

Worte enthielt: *Si idoneus factus erit, si ad meliorem fortunam pervenerit*, welche nicht nur dem Magistratus, der die *actio* bewilligte, sondern auch dem Richter der über den Umstand der erneuerten Zahlungsfähigkeit urtheilen musste, ein unbeschränktes Gutachten liessen, welches folglich für den Beneficiaten eine grössere oder kürzere Frist bewirkte, wenn nicht gar, eine vollständige Sicherheit, wenn das neue Vermögen zu unbedeutend 1). Ein anderer bei weitem wichtigerer Vortheil des Beneficiums, obschon weniger beachtet, ist der dass der Schuldner gänzlich oder auf eine Zeit lang von der Schuldenhaft, in den Fällen in denen das römische Recht diese zuliess, befreit wurde; gänzlich, da er sein ganzes Vermögen übergiebt, leistete er der Verurtheilung vollständig genüge und ist folglich nicht in der *causa iudicati* 2); auf eine Zeitlang, wenn er nach dem Urtheile gezwungen war, die obengenannte Uebereinkunft zu schliessen; denn in diesem Falle, bestehet so lange die Bedingung der Stipulation nicht erfüllt ist, gegen ihn keine Klage und ist seine persönliche Sicherheit nicht gefährdet. Diese Folge liegt so sehr in der Natur der Sache, dass sich in den Schriften der römischen Juristen nicht einmal eine Erwähnung davon findet. Die Befreiung von der Schuldenhaft und unser Beneficium sind zwar nie zusammen genannt, während erstere gerade als eine besondere Folge der *cessio bonorum* vorkommt, doch diess ist leicht zu erklären: gegen den Schuldner der *bonis* cedirt hatte, ist eine Verurtheilung auf das Ganze, oder was mit einem solchen Urtheile gleichsteht, erlangt; wenn sein Vermögen nicht hinreicht, ist er also von der *actio iudicati*

1) L. 7 D. de cessione bonorum (42. 3.)
2) Gaius IV. 21 flg. et Gellius XX. 1.

nicht befreit, und die Schuldenhaft wäre mithin auf ihn anwendbar, wenn nicht besondere Vorschriften der lex Julia, aus politischen Gründen ihn von dieser befreiten. Nun wird von einem Rechte, welches nicht aus der Natur des Rechtswesens, sondern aus einer willkürlichen Gesetzesvorschrift entsprungen viel mehr erwähnt, als ein Vortheil, welcher nur die nothwendige Folge eines anderen ist.

Diess ist genug, um zu beweisen, dass die Lehre von einem Abzuge für Alimente nicht unentbehrlich ist, damit dieses Beneficium eine Wirklichkeit habe. Gehen wir nun zum zweiten Einwurfe über, der viel wichtiger ist als der erste; verschiedene Texte sprechen vom Nothwendigen, welches dem Verurtheilten gelassen werden muss. Unbezweifelt ist L. 173 D. *de regulis iuris* die wichtigste.

Paulus lib. 6, *ad Plautium. In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt condemnantur, non totum, quod habent, extorquendum est,* sed et *ipsarum ratio habenda est, ne egeant.*

Diese Stelle ist die positivste, denn sie spricht von allen Priviligirten ohne Unterschied, die übrigen sind mehr beschränkt; so spricht Paulus in demselbem Buche in l. 19 f. D. de re iudicata (42. 1) nur vom Schenker:

.... *Imo nec totum quod habet extorquendum ei* puto, sed et [1]) *ipsi ratio habenda est ne egeat.*

In L. 30 *eod.* sagt Pomponius l. 7 var. lect.: *Cum in causa donationis promissa pecunia est, si dubium sit, an ea res eo usque donatoris facultates exhauriri possit, ut vix quicquam ei in bonis relictum sit: actio in id quod facere possit danda est, ita* ut et *ipsi donatori* aliquid sufficiens *relinquatur. Quod maxime inter liberos et parentes observandum est.*

---

1) Andere lesen: *ipsius*, et *sed ipsius.*

Diese drei Stellen stimmen darin überein, dass man dem Verurtheilten etwas für seinen Unterhalt lassen soll; ich denke auch nicht daran, diess zu bestreiten; die Frage ist nur, ob hierin das Privilegium bestehet, ob das Recht auf Unterhalt das Wesen desselben ausmacht, kurz, ob der Abzug für Alimente die Hauptwirkung ist. Dieses sagen nun Paulus und Pomponius keinesweges; sie scheinen vielmehr in diesem Rechte, oder um uns ganauer auszudrücken in dieser Modification nur eine Beifügung zu sehen, da beide sich cumalativer Ausdrücke bedienen: *sed et ipsarum*, *sed et ipsi*, *ita ut et ipsi.* "Man muss ihnen nicht alles nehmen, man muss für sie sorgen dass ihnen die Lebensnothdurft bleibe; man muss die Klage zum Betrage seines Vermögens geben, um so dem Schenker etwas Hinlängliches zu lassen; es ist diess vorzüglich zwischen Kindern und ihren Eltern zu befolgen [1]." Diess Recht auf Alimente ist also viel eher eine Zuthat, eine Ausdehnung der an sich schon sehr vortheilhaftem Rechtswohlthat. Zur Bestätigung dieser Erklärung könnte ich viele Stellen anführen, die von diesem Beneficium handeln, ohne der Alimente nur mit einem Worte zu erwähnen. Und wenn dieses Stillschweigen unbedeutend scheint in den unvollständigen Pandectenfragmenten, dann ist es doch entscheidend in den Institutionen in welchen der Auctor lehrt und erklärt. Im § 37. *J. de act.* erklärt Justinian was *condemnari in quantum facere potest* bedeute, und er sagt ganz positiv: *id est quatenus facultates eius patiuntur.* Wir

---

1) Man achte auch auf das *puto* in l. 19 in f. D. *de re iudic.* (42. 1), und vorzüglich auf das Wort *extorquere*, so wie diess Wort hier gebraucht ist, scheint es mir viel weniger ein Recht zu nehmen, als die Ausübung desselben zu beschränken.

müssten den Kaiser einer noch grösserer Ungenauigkeit, als die wir von ihm wissen, beschuldigen wenn wir annähmen dass er gänzlich den Hauptpunkt, das Recht auf die nothdürftigen Subsistenzmittel vergesse. So lässt auch Theophilus der die Stelle paraphrasirt hat, nichts hiervon vermerken; und das Beispiel, dessen er sich bedient, stimmt ganz mit dem was Justinian sagt überein. "Denn wenn ich" sagt er, "von meiner Frau eine Mitgift erhalten habe, nachher ist die vollzogene Ehe aufgelöst, wenn sie nun mich *ex stipulatu* wegen der Rückgabe der Mitgift anspricht, so wird sie nicht immer das Ganze erlangen, sondern nur so weit der Betrag meines Vermögens reicht; und wenn der Betrag meines Vermögens gleichsteht mit dem Betrage der Mitgift, so wird meine Frau das Ganze nehmen; wenn hingegen die Mitgift hundert aurei beträgt, und das Vermögen nicht mehr als fünfzig, so werde ich auf fünfzig verurtheilt werden, weil dieses ist, was ich leisten kann, *διὰ τὸ εἰς τοσοῦτον εὐπορεῖν*, so übersetzen die Griechen das *quantum facere potest* [1]), welches Reitz sehr gut im Lateinischen wiedergab *quia eo usque locuples sum:* das Wort *locuples* in seiner juristischen Bedeutung, für *zahlungsfähig* genomen [2]). Man sieht dass Theophilus das *quantum facere potest* buchstäblich nimmt, und seine Autorität könnte zur Noth mehr gelten, als die des von Vinnius [3]) angeführten Theodor Hermopolitus wenn dieser — was der Fall nicht ist — im Widerspruche mit unserer Lehre wäre.

1) S. Theophilus in den folgenden Paragraphen, und Harmenopulus *de divers. reg. juris*, L. 173.

2) L. 166 D. de regulis iuris (50. 16).

3) Zum angeführten §. 37 J. *de act.:* Puduit legislatores ei quae heri nudiusve tertius consors omnis vitae fuit, facultatem dare spoliandi maritum rebus omnibus.

Es ist wahr, Theodor spricht von dieser Rechtswohlthat ungefähr auf die Weise der Neuern, allein das ist bei der L. 173 *de regulis iuris*, die an eine dieser Rechtswohlthat beigefügte Begünstigung erinnern will, und keinesweges die Natur des Beneficiums selbst zu erklären bezweckt: und man darf den Erklärer nicht in einem andern Sinne verstehen. Man muss also einräumen dass Justinian und sein Paraphrast der angenommenen Lehre widersprechen, und die Weise, wie sie diess beneficium behandeln, liefern mehr als einen Beweis *a silentio* [1]). Einen positiven Beweis aus den Digesten glaube ich zu finden.

1⁰. In L. 18. §. 1 D. *soluto matrimonio* (24. 3) L. 82 D. *ad legem Falcidiam* (35. 2) und in all den übrigen Stellen in welchen der Ausdruck *facere potest* synonym mit *solvendo esse* gebraucht ist: da, wenn man vollständig bezahlen kann und mithin zahlungsfähig ist, ohne das Nothwendigste zurückzuhalten, dann folgt daraus, dass man auch ohne diesen Abzug, sich in der Categorie derer, *qui facere possunt*, befinden kann.

2⁰. In den verschiedenen Pandectenstellen in welchen *facere posse* von einem besondern Gegenstande gebraucht wird: so wie in L. 28 D. *soluto matrimonio* (24. 3).

Facere posse *maritus etiam id videtur, quod a muliere consequi potest.* Der Abzug geschieht vom ganzen Vermögen, und es würde ungereimt sein, Ulpian so zu verstehen: der Mann kann auch, *den Abzug*

1) Harmenopulos in einer Stelle, welche von der von der Frau oder deren Vater versprochenen Mitgift handelt, sagt einfach, dass sie verurtheilt werden bis zum Betrage ihres Vermögens: *πρὸς τὸ μέτρον τῆς αὐτῶν οὐσίας*, Procheiron, Lib. 4. tit. 9. Diess muss man verstehen *συνεστῶτος τοῦ γάμου*. L. 22 D. *de re iudic.* (42. 1).

für Lebensnothdurft vorbehalten, bezahlen, das was er von seiner Frau zurückfordern kann.

3⁰. Ueberall in den Stellen wo sich *facere posse* von Personen gesagt findet, welche dieses Beneficium nicht geniessen. L. 82 D. ad L. Falcid. (35. 2) handelt von der einem Schuldner vermachten *liberatio*, welcher Schuldner gänzlich oder theilweise zahlungsunfähig vorgestellt wird: wenn das *quantum facere potest* den Abzug für Alimente ausdrückt, oder nur das Recht zu einem solchen Abzuge befasst, wie konnte ihn dann Ulpian von einer Person, die dieses Privilegium nicht hat, gebrauchen? Man wird doch gewiss nicht so weit gehen und sagen, dass der Abzug für Alimente ein jedem Schuldner zukommendes Recht ist.

4⁰. Ein sehr deutlicher Beweis liegt, m. E. in l. 43 D. *soluto matrimonio* (24. 3). Wenn der Mann, wird da gesagt, dem beneficium zufolge verurtheilt ist *in id quod facere potest*, und er hat Forderungen, die dem Betrage der Mitgift gleichstehen und nichts mehr *(neque amplius)* dann muss er seine Forderung abtreten [1]). Und doch ist dieser Mann nur *in id quod facere potest* verurtheilt; es bleibt ihm also nichts für die Lebensnothdurft; oder vielmehr diess Recht auf Alimente ist so unbedeutend, hat so wenig mit dem Wesen des Privilegiums gemein, dass es gar nicht hindert, es mit Stillschweigen zu übergehen.

5⁰. Zum Schlusse — um diesen Aufsatz nicht mit Citaten zu überladen — in l. 53 D. das. wird vom Vater, dessen Sohn eine Mitgift bekommen, gesagt

---

1) *Neque amplius neque habebit* der Florentina ist sinnlos, und die Griechen übersetzen *ἀναγκαζεται γορειλει.* S. Spangenberg's Ausgabe. Beck [und Kriegel] haben *necesse* in den Text aufgenommen, und Bynkershoek würde anders erklärt haben, wenn er sich von der gangbaren Lehre hätte befreien können.

peculiotenus facere posse. Hier ist gewiss nicht angenommen, dass dieses Peculium das ganze Vermögen des Vaters ausmacht, welches man nach der Alimentationstheorie annehmen muss: denn wenn er anderweitiges Vermögen hat, dann kann von dem nothdürftigen Unterhalt keine Rede sein, und der Ausdruck *facere posse* ist schlecht gebraucht, nämlich wenn dieser Abzug das Wesen davon ausmacht.

Das römische Recht ist also weit entfernt die angenommene Lehre zu begünstigen; ich behaupte, es widersetzt sich derselben ganz entschieden. Das Wesen dieser Rechtswohlthat welches die Römer (nach ihrer Gewohnheit mit Zeitwörtern wo wir Substantiva gebrauchen) *in quantum facere potest condemnari* nannten, ist nicht das Recht, für Alimente zurückhalten zu können, sondern auf nicht mehr verurtheilt zu werden, als bis zum Betrage des Vermögens, welches man hat. Der Richter muss den Betrag dieses Vermögens schätzen, und den Schuldner verurtheilen diese Summe zu zahlen, und nichts mehr [1]). Und selbst diess (wenigstens so lehren Paulus und Pomponius) muss nicht streng ausgeführt werden, man muss, sagen diese Juristen, für diese Personen sorgen ihnen das Nöthige zu lassen. Sie geben keinen Massstab für dieses Nöthige an —, wahrscheinlich ging das nicht sehr weit [2]), wenigstens hat man sich gar wenig damit befasst. In unserem Rechte kann jeder Schuldner, im Falle von Vermögensarrest, gewisse, vom Gesetze bestimmte Gegenstände, die zum Allernothwendigsten gehören, zurückbehalten [3]), aber in so

1) *Ut ne maioris summae condemnetur.* L. 22 D. de re iud. (42. 1). Gaius IV. 48.

2) Harmenopulus spricht davon sie vom Betteln zu befreien.

3) Code de procedure art. 592. Ordonnance von Ludwig XIV

weit ich weiss, ist es noch Niemandem eingefallen, einem Ieden das *beneficium competentiae* zu geben oder zu lehren dass im heutigen Rechte Niemand *in solidum* gehalten sei.

---

v. 1667, Tit. 33; art. 14, 15, 16 undBorniers Anmerkungen. [Niederl. Prozessordnung art. 447. 448]

VI.

UEBER DEN BESITZERWERB DURCH DAS CONNOSSEMENT [1]).

Nihil commune habet proprietas cum possessione.

Der Nutzen und Gebrauch der Connossemente besteht bekanntlich: erstens in dem durch dasselbe gelieferten Beweise der Einladung: dass die Waaren an Bord gekommen, mit Angabe der Art und Qualität (mit einiger Modification) und des Zustandes. Dann besteht er im Beweise der Befrachtung, (wenn, so wie bei der Stückfracht gebräuchlich, keine Certepartie gemacht ist) welche eine *locatio operarum et rei* ist, wie auch im Beweise der Verpflichtung des Schiffers, die Waaren abzuliefern, und an wen; ferner auch im Beweise seines Rechts, oder des seiner Rheder, die Fracht mit Kaplaken und Avarie, nämlich das bedungene Frachtquantum zu fordern. Ein anderer Nutzen der Connossemente ist, dass sie bei der Assecuranz das vorzüglichste und beste Mittel sind, dem Assecurator die Befrachtung und in sofern die Gefahr, wie auch bei Werfung die Art der geworfenen, und nicht ge-

1) In *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, door den Tex en van Hall, 1841. 181-252.

worfenen Sachen, über welche der Verlust umgeschlagen werden muss, zu beweisen. Etwas ähnliches kommt vor bei der Bodmerei auf Waaren wenn der Bodmereinehmer den Untergang der eingeladenen Waaren behauptet. Dies sind alles bekannte Sachen, und in unserm Handelsgesetzbuche ausdrücklich angegeben.

Weniger deutlich, obschon nicht mangelnd, findet sich darin die höchst wichtige Eigenschaft des Connossements, welche öfter von Juristen, nicht so oft von Kaufleuten übersehn, und obschon nicht anerkannt, doch sehr beweisbar, zugleich aber problematischer Natur ist; **dass nämlich durch Connossement Besitz übertragen wird**, oder wie man es gewöhnlich ausdrückt: dass das Connossement die Ladung repräsentirt, und dass mit der Uebergabe desselben der Besitz der Ladung übertragen werden kann — ein Ausdruck dessen Richtigkeit wir vorläufig unentschieden lassen.

Dass diese Eigenschaft zuweilen nicht beachtet wird, zeigt uns eine Abhandlung über die Kraft des Connossements, im Jahre 1818 in Rotterdam erschienen [1]), in welcher sowohl die Vertheidigung als das Urtheil, — wie wichtig auch in dieser Sache der Besitz des Connossementinhabers zu sein schien und wie sehr man von demselben Gebrauch machen konnte, — beide einzig und allein auf die Verpflichtung des Capitäns zur Auslieferung sahen.

Hiermit ist natürlich keineswegs gesagt, dass der erfahrene Advocat, der die Vertheidigung herausgab, und die achtungswerthen Richter des Hohengerichts-

1) *Die Kraft des Connossements, und das Recht des Inhabers, als ein Sicherheitsmittel im Allgemeinen (für den Handel, und besonders für den Commissionshandel vertheidigt von* Dr. François Frets, Ritter das Niederl. Löwenordens und Advocat zu Rotterdam. Rotterdam bei F. W. Krieger. Die Vorrede ist von Januar 1818.

hofes die ebenerwähnte bekannte Eigenschaft des Connossements nicht sollten gekannt haben, noch weniger dass der Prozess nicht gut eingeleitet oder in demselben nicht gut geurtheilt wäre; es ist nur befremdend, dass die Lehre von der Uebergabe durch Connossement in dieser Sache von so unbedeutendem Einfluss gewesen ist, und dass diese in einer Abhandlung über das Recht des Inhabers, wenn dieser wirklich durch die Uebergabe Besitzer werden kann, fast gar nicht erwähnt wird [1]).

Dass genannte Eigenschaft ein Problem ist, welches noch nicht nach Wunsch gelöst ist, und dass es hierzu noch sehr an festen Principien fehlt, ist aus den neuesten Schriften über Seerecht zu ersehen, unter andern aus Pöhls Seerecht [2]), Theil II, S. 453, § 422.

Dieser zwei Gründe wegen hielt ich es für nützlich, diesen Punkt zu untersuchen und die Resultate als einen Beitrag zur Handelsrechtswissenschaft mitzutheilen, in der Hoffnung dass dieser auch von Andern möge behandelt und hierdurch zur grösseren Gewissheit gebracht werden. Es kommt, m. E., darauf an, zu beweisen, dass eine solche Lehre wirklich bestehet, dann zu untersuchen, welches die leitenden Grundsätze sind, und wie sie mit den bekannten Rechtswahrheiten in Einklang gebracht werden kann.

In verschiedenen Handelsstaaten und in verschiedenen Zeiten findet man die Ansicht ausgesprochen, dass die Uebergabe des Connossements eine *traditio symbolica* der Ladung sei. Es kommt hier-

1) Berührt ist sie nur am Ende, in einer Anmerkung S. 55, wenn nämlich »*das Recht unseres Connossements*, *nämlich unser Recht von Besitz und Verwaltung*" nicht bedeutet: *unser Recht zu besitzen*. Vgl. S. 93.

2) Hamburg bei Hoffmann und Campe, 1831.

bei weniger darauf an, zu zeigen dass der eine oder andre Schriftsteller diess gelehrt oder behauptet habe, als vielmehr dass es eine, im Handel gangbare, und in der Rechtspflege anerkannte und angewandte Ansicht war. Diess ist nun keineswegs schwer, denn die Zeugnisse hierfür bieten sich von allen Seiten dar; allein, auf der andern Seite muss ich bekennen, dass es mir bis jezt nicht gelungen ist den Ursprung dieser Lehre zu entdecken [1]) oder eine nur einigermassen wahrscheinliche Vermuthung über ihr Alter aufzustellen. Erst im siebzehnten Jahrhundert finden wir hiervon einen Beweis, und den hat Herr Frets aus den Handvesten Amsterdams abdrucken lassen; diess mag, als das älteste, und unser Vaterland betreffende Document die erste Stelle einnehmen.

> „Ob es nicht wahr ist, dass es durchgängig hier in der Stadt gebräuchlich war, dass wenn an Jemand in derselben Waaren von Draussen consignirt kommen mit Connossementen, in welchen ausgedrückt ist, dass diese Waaren vom Schiffer ihm abgeliefert werden müssen, dass es in diesem Falle hier gewöhnlich so gehalten wurde, dass die Personen deren Namen in diesem Connossement standen, zugelassen wurden Kraft dieses Connossements die in demselben Connossemente bezeichneten Waaren zu empfangen, obschon die-

---

1) Jacobsen und mit ihm Pöhls meinen dass der Ursprung des Connossements in Italien gesucht werden müsse, doch durch nichts anders geführt als durch den Namen, und dieser gerade betrügt. In Italien hat, in so weit man weiss, das Connossement nie so geheissen, sondern stets *polizza di carico*. *Conocimiento* ist spanisch und bedeutet ein *bekenne empfangen zu haben* im Allgemeinen, also ein *genus*, eben wie *apodisia* bei den alten italienischen Schriftstelleren ein *genus*, zu dem auch das Connossement zu gehören scheint, bedeutet. Vergl. in den *Decisiones Rotae Genuae*, Decis. 56; wahrscheinlich ist das Wort von Ἀπόδειξις abgeleitet.

selben Waaren im Schiffe oder anderswo von einem Andern in Beschlag genommen sein mögten: doch so dass dieser Arrest auf diese Waaren ohne Praejudiz bleibe im Falle von Eigenthum, oder des Provenu davon, in sofern der Arrestant nur eine Actio zur Last des Absenders vorgiebt gegen den welcher diese Waaren unter Arrest empfängt —

Erklären alle zusammen, dass während der Zeit dass sie practisirt haben, der Inhalt des nebenstehenden Artikels gewöhnlich also ist observirt worden. (Folgen die Namen von Zwölf Advocaten nach der Reihe ihrer Dienstjahre) Actum in Amsterdam, den XII Martii, tausend sechshundert und sechszig" [1]).

Die Waaren müssen also, ungeachtet des auf sie am Bord oder anderswo gelegten Arrests, dem Inhaber des Connossements verabfolgt werden. Diess lässt sich nicht gut erklären, wenn das Connossement blos eine persönliche Klage gegen den Capitän mit sich bringt: im Gegentheile würde dann die Natur der Sache erfordern, dass der Schiffer die Waaren nicht abgebe; aber nimmt man die Lehre an, dass der Consignirte schon durch Annahme des Connossements Besitzer wird, dann ist es deutlich, dass ihm die Waaren, mit Nichtbeachtung der Beschlagnahme, verabreicht werden müssen; denn eigentlich hat er diese schon, und ein Arrest oder eine Inbeschlagnahme Seitens eines Dritten kann Niemand den Besitz nehmen oder zur Abgabe zwingen, ehe der Arrest behandelt und über denselben ein Urtheil gesprochen ist. Das angeführte Gutachten *(turbe)* ist vom Jahre 1660, und reicht hin zum Beweise eines Rechts, welches we-

---

1) Handvesten der stad Amsterdam, II v. 498.

nigstens schon vierzig Jahre früher gebräuchlich war, und also bis auf 1620 zurückgeführt werden darf. — Ein Jahrhundert später kommt dieselbe Lehre in einem Advise bei Barels [1]) folgendermassen vor:

"Ausserdem dass auch in diesem Falle die Uebersendung und Ankunft der Connossemente über den Branntwein den ebengenannten Guilliam und Jean Pels vollständig in den Besitz und die Detention dieses Branntweins gesetzt, und dem Eigenthümer derselben die Macht und Fähigkeit benommen haben, darüber zum Nachtheile der genannten Guilliam und Jean Pels zu disponiren. So auch die Schiffer, nach der Auslieferung oder Versendung der von ihnen unterschriebenen Connossemente blos den respectiren, an welchen die Waaren consignirt sind und abgeliefert werden müssen, ohne zu gehorchen, zu bewilligen, oder zu accordiren irgend eine spätere Ordre oder Contramande des Befrachters, noch in eine Veränderung der Connossemente einzuwilligen, und dieses zwar aus dem Grunde, weil die beiden Schiffer durch die ausgegebenen und weggeschickten Connossements sich für immer dem obligirt und verbunden haben, welchem dem Connossemente zufolge die Waaren geliefert werden müssen, und der aus demselbigen Connossemente überall die Capitäne mit einer Klage zu behelligen, und ihre Schiffe in Arrest zu nehmen berechtigt ist, und also bekommen diejenigen an welche das Connossement gerichtet und denen es

1) Barels, *Advijzen over den Koophandel en Zeevaart*, 1780. Th. I. S. 79. Das hier angeführte Gutachten ist ohne Datum, doch wie alle die andern genommen aus den Papieren des Abraham van den Ende, der schon gegen 1599 Advise gab.

übergeben ist, das Recht oder den Besitz hinsichtlich der Waaren so darin begriffen [1]), so dass der Inhaber des Connossements mit Effect creditiren mag auf die darin vermeldeten Waaren, welches übereinstimmt mit dem von jeher Ueblichem *und wird auch noch am heutigen Tage gewöhnlich in dieser Stadt Amsterdam befolgt und angewendet* (folgt die Anführung obentstehender Turbe.)

Dieselbe Ansicht findet man bestätigt in einem andern Advise, obschon nicht so positiv von Connossementen handelnd, von Jahre 1703. Diess sind Beispiele, aus unserm vaterländischen Rechte genommen, mit welchen wir für erst nichts weiter beweisen wollen, als dass die Ansicht einer Uebergabe und Besitzerwerbung durch ein Connossement lange bei uns gangbar war. Die Gründe, auf welche sich die Consulenten berufen, bleiben noch unbehandelt [2]).

Aus dem früheren französischen Rechte, d. h. demjenigen, welches dem *Code de Commerce* vorherging, können wir drei Urtheile anführen, die von um so grösserm Gewichte sein müssen, da an dem damaligen Seerechte bei der Abfassung des *Code de Commerce* so sehr wenig verändert ist. Sie stehen bei Emérigon [3]) und verdienen, mit der Casus position, hier eine Stelle.

I. Im Jahre 1753 schickten gewisse Kaufleute aus Cartagena zehn Ballen Seide nach Marseille, und liessen sich hierfür von dem Capitän vier Connossemente schreiben. Eins dieser Connossemente schickten sie nach Alicante, von wo es nach Marseille gesendet wurde, um die Ladung gegen dasselbe zu empfangen. Elf Tage später schickten sie ein andres Connosse-

1) L. 1 C. de donatt. wird hierbei angeführt.
2) Ibid. S. 411.
3) *Assurances*, T. I. S. 317 f. Marseille 1783.

ment nach Madrid, von wo es gleichfalls nach Marseille kam, zu Rey *aîné*, der hierauf assecuriren liess. Bei der Ankunft des Schiffs traten also zwei Connossementsinhaber auf, von welchen jeder Ablieferung der Ladung forderte. Das Gericht zu Marseille befand sich in Verlegenheit und fällte ein *iudicium rusticorum*, dass Parteien die Gerichtskosten compensiren und die Ladung mit einander theilen sollten. Die Erst-Consignirten appellirten an das Parlement zu Aix, hauptsächlich "weil sie zuerst in den Quasibesitz der Waaren getreten waren, weil ihnen das Connossement elf Tage früher zugeschickt war" und führten unter andern an L. 10 D. *de pignoribus* (20. 1) "possidentis meliorem esse conditionem." Ob das Parlement gerade diesen Rechtsgrund berücksichtigte ist nicht zu ersehen, aber es ist wahrscheinlich; gewiss ist es dagegen, dass der erste Urtheilsspruch cassirt und den ersten Designataren der Erlös der in der Zwischenzeit deponirten und verkauften Seide zugewiesen wurde.

II. J. B. Roux, zu Cap.-François, ladete ein *für Rechnung wie sich zeigen wird und zur Consignation von* J. B. Rey, seinem Gläubiger, sechs Fässer Zucker, welchem Rey ein Connossement zugeschickt ward. Als die Waaren an Bord waren, verkaufte Roux dieselben an Fenouillot, doch ohne sie von der Stelle zu bringen, denn der Schiffer, der sich durch das Connossement, an Rey gerichtet, verbunden hielt, weigerte sich auszuladen. Der Verkauf wurde nur in dorso des bei dem Einlader gebliebenen Connossements vermeldet, und so an Fenouillot abgegeben. Auf eine Auseinandersetzung der Sache von Emérigon selbst folgte ein Erkenntniss den 29 April 1750, in welchem die sechs Fässer Zucker dem Rey zugesprochen wurden, da man annahm,

dass er sie schon besass (lequel était présumé en être saisi) seitdem sie, an ihn consignirt, eingeladen waren.

III. In einem andern Urtheile vom selben Jahre wurden Guicu und Linchou sechs und dreissig Ballen Wolle zuerkannt, die an sie eingeschifft und consignirt waren, *für Rechnung wie sich zeigen wird* von Linchou und Sohn in Constantinopel, doch später an einen gewissen Bourdon verkauft in einer in dorso eines der Connossemente geschriebenen Erklärung. Wir lassen wieder unentschieden, ob diese drei Urtheile, ein halbes Jahrhundert später als die eben angeführten Advise, auf guten Gründen beruhen; die Ansicht einer Uebertragung durch das Connossement ist m. E. deutlich darin zu erkennen. Keine der prozessführenden Parteien war körperlich in den Besitz der Waaren getreten, beide waren Inhaber von Connossementen, der später Consignirte konnte einen klaren Rechtstitel produciren, doch behielt der erste den Vorzug und ihm wurden die Waaren abgeliefert. Aus welchem Grunde? Nimmt man an, dass das Connossement keinen Besitz giebt, so stand es doch dem Befrachter oder dem Schiffer frei, dem Letztconsignirten die Waaren abzuliefern, ungeachtet der persönlichen Klage des ersten Käufers. Sieht man blos auf die contractliche Verpflichtung des Schiffers, so war dieser eben so sehr verbunden dem Zweiten als dem Ersten abzuliefern. So dachte vielleicht das Gericht zu Marseille im Falle I.

Nimmt man jedoch an, dass mit dem Connossement Besitz erworben werden kann, dann ist es deutlich, dass der erste Consignirte sowohl nach dem römischen Rechte als nach den theils römischen theils germanischen Lehren der französischen *coutumes* [1]) in Bezug bewegli-

1) Hauptsächlich berief man sich auf das römische Recht, zum

cher Sachen den Vorzug haben muss, wie man nun auch zufolge art. 1141 C. N. behaupten kann. Die Hauptsache ist hier wieder der Beweis, dass man im französischen Handelsrechte eine solche Lehre kannte und anwendete. Es hindert also nicht, dass Emérigon, gegen die angeführten Erkenntnisse, dieser Lehre widerspricht. Was er ausführt ist seine eigene Ansicht, und der einzige Grund, dass in Frankreich oder in der Provence (*parmi nous*) ein Connossement nicht verhandelbar wäre — ist jetzt ohne Bedeutung.

Dass dieselbe Lehre in Frankreich bis zu unserer Zeit blieb, sieht man aus zwei Arresten des Gerichtshofes zu Toulouse, vom 19 December 1826 und vom 19 December 1827, in den *Annales universelles de la législation et de la jurisprudence commerciale*[1]) von Roger und Garnier. Es betraf die Anwendung von art. 578 Cod. de Comm. und die Frage, ob der Verkauf der Waaren, unterwegs auf die Factur ohne Uebergabe des Connossements geschehen, jedoch mit Subrogation in die Rechte desselben, hierfür hinreichend sei. Beim Handelsgerichte wurde dieses System zweimal angenommen, aber auch zweimal wurde es beim Gerichtshofe verworfen, und in den Motiven der angeführten Urtheile kommt wiederholt diese Erklärung vor: In Erwägung, dass art. 578 Cod. C. zwei Sachen erfordert, das Uebermachen der Factur,

---

Beweise, dass das Eigenthum nicht übertragen wird ohne Besitzergreifung, doch die meisten Landrechte liessen eine Erklärung von Besitznahme uud Verlassen (*saisine et desaisine*) vor Notar und Zeugen als *tradition feinte* gelten. Loisel *Maximes* II, Liv. V. Tit. 4, § 7. Argou, *Inst. du Droit François*, ed. 1762 I. S. 292 und II. S. 252. Pothier, *Contrat de Vente*, 313 flg. Ob eine solche Erklärung den Vorzug vor einen späteren, aber wahren Besitzergreifer gab, war ein Streitpunkt. Pothier mit Guy Pape war dieser Meinung. das. 321.

1) T. IV. Paris 1827, S. 128 ff.

welche in dieser Hinsicht mit einer Verkaufsakte gleichgestellt wird, und *das Uebersenden des Connossements* [1]) *welches eine ficta traditio des Verkauften darstellt.* Das Connossement wird also immer noch als ein Mittel der Lieferung betrachtet, und diese zwei Arreste, gefügt zu den drei bei Emérigon, beweisen dass diese Ansicht — wenigstens in jenem Theile Frankreichs — seit siebzig Jahren bestehet.

In England kann man, wegen der Concentrirung des Rechts in der Hauptstadt, eine grössere Allgemeinheit erwarten, wenn nur diese Lehre da angenommen ist, wozu noch das dortige grössere Ansehen der *res iudicata* kommt; dass sie angenommen ist, kann man ohne Mühe beweisen; nur die Menge der Beispiele erschwert die Wahl.

In der Sache von Davis gegen Reynolds (entschieden unter dem Canzler Lord Ellenborough, das Datum wird nicht angegeben) welcher als zweiter Käufer eine Ladung zurückforderte, die wegen des Faillissements schon an den Ablader zurückgekommen war, wird als einzige *ratio dubitandi* angegeben, dass der zweite Käufer zwar auf ein Connossement gekauft habe, aber das Connossement (weil es ungestempelt war) nicht vorzeigen konnte, dass also die Lieferung fehlte, und gesagt „dass alle Urtheile in dieser Materie auf dem Grunde beruhen, dass der Besitz des Connossements symbolischer Besitz der Waaren ist;" ohne den Besitz war der Designatar kein Eigenthümer geworden, und hatte also auch das Eigenthum nicht auf den Kläger übertragen können [2]).

In einer andern Sache, Newson gegen Thorn-

1) Siehe hierüber die Entwickelung in Stappaerts, *de rei vindicatione quae mercatorum est.* Lovanii 1825. S. 82.

2) Holt, *a System of the shipping and navigation Laws of Great*

ton sagte derselbe Canzler in seinem Bericht an die Jury dass ein Commissionair (*Factor*) wegen der Consignation der Waaren wohl das Recht habe, für seinen Principal zu verkaufen aber nicht zu verpfänden; dass deshalb der Commissionair Church das Connossement nicht verpfänden konnte, *welches nur das die Waaren repraesentirende Symbol ist.* „Ein Connossement, *bona fide* indossirt," sagte der Lord „würde wirklich, wenn die Absicht der Parteien es mit sich brächte, das Eigenthum übertragen, *auf dieselbe Weise wie eine wirkliche Lieferung, wenn es beabsichtigt, diese Wirkung haben würde.* . . . Das Symbol kann nicht mehr wirken, als der wirkliche Besitz dessen, was hierdurch repräsentirt werden soll."

In einer Sache Caldwell gegen Ball (*Réports*, I. T. R. 405) ward die aus Emérigon angeführte Lehre vorgetragen: dass im Falle des Conflicts verschiedener Connossemente es nicht auf das Datum ankomme, sondern dass derjenige, welcher zuerst den Besitz eines derselben von dem Absender erhalten, Recht auf die consignirten Waaren habe.

Für Deutschland kann man zwar keine alten Beweise anführen, aber wohl aus jetziger Zeit und den letzten fünfzig Jahren. Darum sind sie aber natürlich nicht weniger wichtig, und dann ist auf der andern Seite dorten die Frage über diese Wirkung des Connossements nicht nur von Schriftstellern son-

---

Britain. London 1820. Th. II. S. 61. Nicht dass die Lieferung allgemein zur Eigenthumsübertragung erfordert wäre, im Gegentheil *in thesi* wird diess nicht verlangt, so wenig wie bei uns [wohl nach dem Niederl. Gesetzbuche art. 639] aber dann muss etwas Anders stattfinden z. B. Schrift oder Handgeld; wenn diess nicht vorhanden, ist die Besitzübertragung ein Erforderniss. S. Blackstone II. 30. *Mercantile Cases* von J. H. Lloyd etc. I. 1. S. 112. 1829.

dern auch in den Gerichten mit einer wissenschaftlichen Ausführlichkeit behandelt, hinter welcher die eben aus Frankreich und England angeführten ärmlich zurückbleiben. Zuförderst ist zu sehen was sich über unsere Frage bei Büsch findet. Büsch war kein Jurist sondern ein Mathematiker, doch er war vierzig Jahre Director einer Handelsschule, hatte beständig Umgang mit Kaufleuten, wurde in allen wichtigen Angelegenheiten seiner Vaterstadt befragt, und war also mit den Gebräuchen und Ansichten des Hamburger Handels wohl bekannt. Büsch nun nimmt unbeschränkt diese Wirkung der Connossemente, von welcher wir hier handeln, an. Doch seine Lehre und Entwickelung derselben ist nicht der Art, dass sie hier wörtlich könnte aufgenommen werden, so dass wir den Leser auf das Werk, worin sie vorkommen, verweisen müssen [1]). Nur das Folgende, welches besonders anwendbar ist auf den oben angedeuteten und näher zu untersuchenden Rechtsfall, wollen wir als kurze Angabe seiner Ansicht über diese Frage hier aufnehmen.

„Kein Mensch bekömmt ein Connossement von dem Schiffer," sagt Büsch, S. 280, „als nur der, welcher sich durch Ueberlieferung der Waare oder Sache an ihn, als derzeitigen Besitzer derselben, ihm bethätigt, und kein Mensch übersendet ein Connossement, als in der Absicht, den entfernten Correspondenten in das Recht zu setzen, dasselbe zu empfangen und sich in dessen Besitz zu setzen. Es giebt beides den Beweis, dass der Verlader die Sache besessen, und dem entfernten Empfänger den Besitz

1) Darstellung der Handlung II. Th. S. 280. 283. 385. und 393, wo stets von dem durch die Uebergabe des Connossements erworbenen Eigenthume und von dem Inhaber als *bonae fidei possessor* gesprochen wird.

derselben übertragen habe, welches dann immer *titulo oneroso* geschieht. Denn wenn auch nicht auf deren Werth trassirt wird, so muss er die Assecuranz besorgen, und diese sammt der Fracht und allen übrigen Unkosten bezahlen. Das Connossement schweigt ganz über die Gründe und Veranlassung dieser Tradition des Eigenthums, und eben deswegen kann dem Besitzer desselben aus keinem Grunde eine Quaestion darüber formirt werden. Sind Praesumtionen da, dass ein Dritter der rechtmässige Eigenthümer davon sei, so mag in ordentlichem Wege Rechtens gegen ihn verfahren werden. Er kann aber vor ausgemachter Sache nimmermehr *ex possessorio* heraus, und ins *petitorium* versetzt werden. Der Richter mag bewandten Umständen nach für die Rechte des angegebenen rechtmässigen Eigners durch Caution oder andere Wege sorgen; aber aus seinen Händen darf er sie nicht nehmen. Man bedenke nur, was für eine Zerrüttung in dem Commissionsgeschäfte dieser Art daraus entstehen würde, wenn dem Besitzer eines Connossements durch dasselbe nicht alle Rechte gesichert würden, die er an die empfangene Sache hat, sie mögen auf den ganzen Werth, oder nur auf einen Theil desselben gehen."

So weit Büsch. — Auf ihn folge sein Nachbar und Zeitgenosse Advocat Jacobsen, der sich bekanntlich des Seerechts sehr annahm. Eigentlich ist er ein Gegner, denn er sucht diese Lehre zu bestreiten und lehrt das Gegentheil; doch führen wir ihn gerne an, weil sein Bemühen gerade zeigt, dass diese Lehre weit und breit galt, und mehr brauchen wir fürerst nicht zu beweisen. Man lese nur seine Gründe [1]) und

1) *Seerecht des Friedens und des Krieges*, von F. J. Jacobsen. Altona 1815, S. 234.

man wird sehen dass es keine juristische sind, sondern dass er sich nur auf Furcht vor Missbrauch und auf die Praxis des Gerichts zu Altona beruft. Er beweist nämlich nicht, dass die Abgabe des Ladungscheins nicht als Tradition gelten kann, und er bekennt offen, dass die Appellationshöfe in Holstein und Schleswig anders als das Gericht zu Altona urtheilen, endlich dass „obgleich dies (dass die Einsendung des Connossements eine symbolische Tradition sei) nach den Principien des römischen Rechts irrig ist, so ist die Meinung doch allgemein in der kaufmännischen Welt verbreitet, dass ein Connossement . . . das Repraesentativ der Waare sei," warauf dann noch Fälle folgen, die dieser Lehre gemäss entschieden sind.

Diess Zeugniss von Jacobsen ist einerseits wichtig, weil er als Gegner dieser Lehre auftritt, und andererseits, weil dieser Schriftsteller als practisirender Advocat zu Altona, Gelegenheit hatte so wohl mit den dänischen und deutschen Handelsgewohnheiten als mit den Ansichten des Handelsstandes bekannt zu werden; ausserdem war, wie seine Schriften zeigen, das Seerecht von England und Frankreich, andere Länder nicht ausgeschlossen, seit lange der Gegenstand seiner Studien. Das hier erwähnte Werk ist geschrieben, oder wenigstens herausgegeben im Jahre 1815, und gehört also ganz unserer Zeit an; allein inzwischen sind wieder zwanzig Jahre verstrichen, und dass sich indessen dieselben Ansichten daselbst mehr entwickelt und verbreitet haben, wollen wir aus dem neuesten Beweise ihres Vorhandenseins hier darthun.

In das lehrreiche hamburgische Archiv für das Handelsrecht [1]) sind verschiedene Rechtsfälle aufge-

---

1) *Archiv für das Handelsrecht. Eine Sammlung praktisch wich-*

nommen, mit einer wissenschaftlichen Untersuchung versehen, welche besonders den durch ein Connossement erlangten Besitz betreffen. Diese nun vollständig aufzunehmen, was wohl der Mühe werth wäre, erlaubt der Umfang dieser Abhandlung nicht; doch eine kurze Angabe der Thatsachen, des Urtheils und des Resultats der kritischen Behandlung, lässt sich wohl auf einigen Seiten geben, und wir glauben unsern Lesern hiermit einen Dienst zu erweisen.

Der erste Rechtsfall ist dieser: Holmes zu Liverpool schickt Zucker an Yarman zu London, und dieser schickt ihn an Baur in Altona. Dieser Zucker wird in Hamburg von beiden Parteien sowohl von Holmes als Baur in Beschlag genommen. Holmes tritt mit der *rei vindicatio* auf, wegen einer Retrocession von Yarman (der inzwischen, obschon nicht in forma faillirt, doch schlecht geworden) und beweist diese mit dem ihm von diesem zugeschicktem gestempelten Connossemente mit Hinzufügung des Beweises, dass der Zucker für seine Rechnung geladen war, und dass Yarman für denselben ihm gar keine Bezahlung geleistet, und auch selbst keine von Baur erhalten hat.

Die Hauptsache war hier die Retrocession durch ein zweites Connossement, welche Baur mit dem Grunde bestritt, dass der Cedent als Faillit zu dieser unfähig war, und dass er, Baur ein Connossement von früherem Datum hatte; dass das spätere Abgeben eines zweiten Connossements eine widerrechtliche That sei, dass der Schiffer also verpflichtet sei ihm den

---

tiger von dem Hamb. Handelsgerichte verhandelter Rechtsfälle. Herausgegeben von einigen Hamburgischen Rechtsgelehrten. Erster Band. Hamburg 1818. Zweiter Band, 1820.

Zucker auszuliefern; endlich dass er als Gläubiger Yarman's ein Compensations- und Retentionsrecht auf diesen Zucker habe. Nachdem hierauf, zum Beweise beiderseitiger Gründe, Replik und Duplik vorgetragen waren, erliess das Handelsgericht zu Hamburg am 13 Mai 1816 folgendes Urtheil.

"Erklärt den Herrn Kläger innerhalb sechs Wochen glaubhaft zu bescheinigen schuldig, dass Yarman et Co. am 18. März d. J. annoch befugt waren, mittelst Uebertragung eines Connossements über von ihnen verladene Waaren anderweitig zu disponiren, oder die von Seiten der Administratoren oder Curatoren derselben ertheilte Ratihabition zu diesem Transport rechtlicher Art nach zu documentiren, m. n. Herr Beklagter aber in gleicher Frist das seinen Mandaten an die mit Befehl belegten vier und sechszig Fässer Zucker zustehende Retentions- oder Compensationsrecht, m. n. Herr Kläger alle Rechtszubeständigkeiten vorbehältlich, rechtlicher Art nach zu justificiren schuldig sei." (a. a. O. Th. I. S. 194.)

Hierauf erfolgte von beiden Seiten Appellation, bei welcher Gelegenheit Baur wieder behauptete, dass ihm die Ladung hätte übergeben werden müssen, da es hier nicht auf das Eigenthum, sondern nur auf den Besitz ankäme, und dass er im Besitze sich befände, weil *die Uebersendung des Connossements eine symbolische Tradition enthalte,* und sogar nach der Lehre derer, die den Capitän wegen seiner eingegangenen Verpflichtung gegen den Connossementinhaber für dessen Mandatar halten, *eine körperliche Tradition voraussetze.* Im Appellationsbescheide ward das Urtheil in sofern zu Baur's Gunsten abgeändert, dass dieser seine Forderung gegen Yarman nicht gleichzeitig, sondern erst nach Beendigung der dem Kläger aufgelegten Beweisführung mit Adcitation Yar-

man's zu beweisen brauchte, in allen übrigen Punkten ward das Urtheil bestätigt und an das Handelsgericht zurückverwiesen. Ein Endurtheil ward nicht gefällt, weil man während der Beweisproduction des Klägers Holmes zu einem Vergleiche kam.

Die sehr ausführlichen Entscheidungs-Gründe haben nach der Beurtheilung des Rechtsgelehrten, welcher das ganze Erkenntniss mit seinen Anmerkungen in dem Archiv veröffentlich hat, diese Resultate geliefert:

1⁰. Die Uebertragung eines Connossements ist symbolische Uebertragung der darin angegebenen Waaren. Dass das Gericht diese Ansicht annahm, sieht man aus dem ganzen Gange des Prozesses, besonders daraus, dass Baur eventualiter ein Retentionsrecht zuerkannt wurde, welches natürlichen Besitz supponirt.

"Dieser Satz" — sagt der Referent — "ist zwar nicht in dem gemeinen Rechte und eben so wenig in ausdrücklichen hamburgischen Gesetzen, wohl aber in der allgemein anerkannten Usance gegründet, welche überdies durch mittelbar darauf hindeutende Bestimmungen unserer Gesetze bestätigt worden ist. Der angeführte Art. 25 der Falliten Ordnung (vom 31 August 1753) nämlich hat, wenn er gleich aus Rücksichten der Billigkeit durch die Bestimmung, dass der Absender einer Waare, wenn der Empfänger während der Reise schlecht werde, dieselben des übersandten Connossements ungeachtet wieder zu sich nehmen könne, eine Ausnahme von jenem Grundsatz macht, denselben dennoch eben dadurch wieder anerkannt, *dass er von Veräusserung und Verpfändung des Connossements redet*, und dass er in dem Fall, wenn der Fallit das Connossement schon veräussert hat, den dritten Inhaber desselben dem Absender vorzieht." (a. a. O. Th. I. S. 200.)

Um diess zu verstehen, muss man wissen, dass

citirter Art. 25 unser Reclamerecht enthält, so wie es in Art. 577 und 578, *Code de Commerce* geordnet ist. Ob aber diese Vorschrift bei uns dieselbe Folgerung zulässt, ist eine andere Frage, die wir noch behandeln werden.

2⁰. Bewirkt eine solche *traditio symbolica* nicht in jedem Falle Eigenthum oder *ius in re;* diess findet nur Statt, wenn die hinzutretende *causa*, wie Kauf oder Schenkung, es mit sich bringt, aber nicht, wenn es nur ein Mandat oder blos in Commission-Geben ist.

3⁰. Der Inhaber eines früher indossirten Connossements hat nicht in jedem Falle den Vorrang.

4⁰. Wenn beide Connossementinhaber nur *detentores* sind, so hat der von späterem Datum den Vorzug, weil der Absender als Mandant die Commission einseitig widerrufen kann und diess durch das Senden eines zweiten Connossements wirklich gethan hat; zwar ohne Nachtheil für des andern Retentions- und Compensationsrecht.

5⁰. Wer durch ein Connossement das Eigenthum der Waaren erlangt hat, kann dieselben, wenn sie sich auch bei einem Dritten befinden, vindiciren. Wenn die *symbolica traditio* durch ein Connossement mit einer körperlichen Lieferung gleichsteht, muss ersterer natürlich auch dieselbe Wirkung zuerkannt werden.

6⁰. Wer durch ein Connossement Besitzer, obschon nicht Eigenthümer der Waaren geworden ist, sogar der blosse *detentor* hat dennoch das mit jeglichem Besitze verbundene *ius retentionis et compensationis.* Dieser sehr wichtige Punkt ist wieder eine Folge von N⁰. 1, in sofern die symbolische Tradition mit der physischen gleichsteht. In Hamburg beruht das ausserdem auf den Bestimmungen des Art. 34 der an-

geführten Falliten-Ordnung, welcher im Falle eines Fallissements ein allgemeines Retentions- und Compensationsrecht ertheilt, sogar für nicht connexe Forderungen.

Auf diese Weise hat Dr. Wilhelm Kosegarten das Urtheil des hamburgischen Handelsgerichts analysirt; und es dünkt uns, dass diese sechs angegebenen Sätze wohl darin enthalten sind. Andere haben wir weggelassen, und die beigefügte Argumentation so kurz wie möglich gefasst, ohne sie, was die Sache betrifft, zu verändern, aber auch, ohne sie gerade anzunehmen. Was wir gegen diese zu erinnern haben, wird bei der beabsichtigten theoretischen Untersuchung sich von selbst zeigen [1]). Wiederholt wird in dieser Sammlung [2]) dieselbe Frage behandelt, doch ohne dass dadurch für sie neue Belehrung gewonnen würde; wir wollen daher zur Vervollständigung des hier geführten Beweises das Zeugniss der zwei jetzt bei uns am meisten gangbaren Schriftsteller über das Handelsrecht, von Pardessus und Benecke folgen lassen. Ersterer sagt bei Gelegenheit der Reclame nach Art. 578 C. de Com. "Das Connossement oder der Frachtbrief ist der Titel, durch welchen der Schiffer verpflichtet wird, die Waaren an den Inhaber abzuliefern, *hierdurch allein wird die ficta traditio bewirkt*, weil das Recht zur Abgabe darauf gegründet ist; aus diesem Grunde ist es durchaus nöthig, dass der Verkauf der Waaren unterwegs auf beide Titel, Facturen und Connossemente, geschehen sei." Das ist gerade die Lehre welche in den zwei

---

1) Blos vorläufig warnen wir gegen die Gleichstellung von Mandat mit in Commissiongeben in N°. 2, und gegen das Verwechseln von Besitz und Detention in N°. 4 und 6.

2) I Theil, S. 411, II Theil, S. 321. Einen gleichartigen Fall einer sogen. *traditio symbolica*, doch ohne Connossement, s. II. S. 241.

oben angeführten Arresten des G. Hofes von Toulouse ausgesprochen ist.

Benecke's Zeugniss ist nicht nur für den Handelsgebrauch Hamburgs, seiner Vaterstadt beweisend, sondern auch wegen seiner Beziehung zu England von allgemeinerer Kraft. Es lautet wie folgt [1]).

"Durch das Connossement gelangt derjenige, der es in Händen hat, so unbezweifelt zum Besitz der Sache, worauf es lautet, dass er sie völlig so als in seiner Gewalt betrachten kann, als wenn sie sich schon in seinem Speicher befände, vorausgesetzt dass kein Betrug stattfinde und dass kein Unglück zur See die Ankunft des Erwarteten unmöglich mache."

Weniger gangbar, aber doch unsern Rechtsgelehrten nicht unbekannt, sind die zwei neuesten Schriftsteller über das Handelsrecht, Bender und Pöhls, ersterer Advocat in Frankfurt, früher in Giessen, letzterer in Hamburg. Ihr Zeugniss stimmt völlig mit den vorigen überein. "Dieser festen Sitte nach," sagt Bender [2]), "ist die Uebersendung des Connossements schon als symbolische Uebertragung des Besitzes der Ladung an den Empfänger zu betrachten."

Dasselbe bestätigt Pöhls an verschiednen Punkten [3]), er stellt sogar eine Untersuchung über den Ursprung dieser Lehre an und äussert sich folgendermassen über die Verbindlichkeit des Schiffers [4]). "Das Con-

1) *System des Assecuranz- und Bodmereiwesens aus den Gesetzen und Gebräuchen Hamburgs und der vorzüglichsten handelnden Nationen Europens, so wie aus der Natur des Gegenstandes entwickelt.* Hamburg 1810. 2e Ausgabe, S. 214 v. u.

2) *Grundsätze des deutschen Handlungsrechts.* Darmstadt 1824. Th. I. S. 193 v. u.

3) *Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts*, I Th. Hamburg 1828, S. 181. III. 1831. *Seerecht* II. 452.

4) Th. I. S. 183.

nossement enthält eine unbedingte Verpflichtung für den Schiffer, die darin genannte Waare an den benannten Destinatair auszuliefern. . . . Der Inhaber eines Connossementes ist gegen ihn (den Schiffer) nicht blos als der Mandatar des Abladers anzusehn, sondern hat durch den Besitz desselben zugleich ein eignes Recht, wenngleich ein abgeleitetes."

Dieses Recht ist nach des Verfassers Entwickelung, 1°. eine übertragene *obligatio*, 2°. Besitz durch symbolische Lieferung. Von dieser letztern sagt er: "Die Uebersendung eines solchen Connossements enthält nun eine symbolische Tradition der Waare, indem der Inhaber desselben *eo ipso* zum Empfange der Waaren berechtigt ist," und dann S. 182: "Es ist daher für diese Art der Tradition dasselbe zu sagen, was bei der Tradition durch körperliche Uebertragung gesagt ist." Das ist das letzte und allerneueste Zeugniss, welches wir anführen können, mit dem dann diese Reihe geschlossen wird. Für diese Ausführlichkeit, und das theils wörtliche theils inhaltliche Uebernehmen anstatt des einfachen Citirens würden wir in einem andern Falle vergeblich des Lesers Geduld beanspruchen, doch hier kommt es darauf an, sowohl eine Ueberzeugung zu entwickeln, die keineswegs allgemein vorhanden ist, als auch das Schwankende und Divergirende der Ansichten und Ausdrücke anschaulich zu machen. Hierzu waren einfache Citate, welche der Leser einer Zeitschrift, wie erfahren und theilnehmend er auch sei, nachzusehen nicht geneigt ist, nicht hinreichend. Es ist also, wie wir meinen, aus dem Vorstehendem hinlänglich bewiesen, dass die Lehre *das Connossement repraesentirt die Ladung und durch die Uebergabe desselben kann der Besitz der Ladung übertragen werden*, in Europa, im Handel und im Rechte, vorhanden

ist. Wir haben diess mit *res iudicata* und *testimonia peritorum* gezeigt; dass sie wohl einmal bezweifelt ist, haben wir eben so wenig, wie die Ungenügsamkeit ihrer theoretischen Grundlage verschweigen wollen; im Gegentheil, es ist der zweite Theil unserer Aufgabe, nun die wahre Natur dieser Lehre und ihre Gränzen zu untersuchen.

Von den deutschen Schriftstellern, den einzigen die, in soweit uns bewusst, an das Interesse der Wissenschaft gedacht haben, ist, wie wir schon angedeutet haben, diese Nachforschung versucht, aber über die Herkunft unserer Lehre, von welcher natürlich ihre Resultate abhängen, ist wenig Uebereinstimmung vorhanden. Während Jacobsen und Kosegarten sich nur auf das römische Recht berufen, Bender es hingegen für ein rein deutsches Rechtsinstitut hält, meint Pöhls, dass hier, wie bei so vielen Lehren, eine Mischung des römischen und germanischen Rechts Statt habe. Wir sind überzeugt, dass die Lehren des römischen Rechts hier nicht hinreichend sind, 1°. weil die *symbolica traditio*, wie schon längst Savigny aus Gründen denen nicht widersprochen, gezeigt hat, nach römischem Rechte ein Unding ist, 2°. weil eine wahre Tradition, obschon diese auch wohl behauptet worden [1]), hier dem römischem Rechte zufolge nicht vorhanden ist, da wegen L. 65 D. de adq. rer. dominio (41. 1) nicht anzunehmen ist, dass der Schiffer für den Connossementinhaber, sondern vielmehr für den Absender besitze. Was das germanische Recht betrifft, so würde nach dem fränkischen [2]), welches in sehr vielen unserer Stadt- und Landrechte

1) So im *Handelsarchiv* a. a. O.

2) S. hierüber Albrecht, *die Gewehre*, und Hall. Litt. Zeit. Aug. 1835, N°. 151, S. 598.

und im *Code Civil* sich findet, viel mehr auf das körperliche Besitzen oder Detiniren der Waaren ankommen müssen. Deshalb sind wir der Meinung, dass diese Lehre für ein Product des Handels in der Neuzeit gehalten werden muss, auf welchen das bestehende gemeine Recht, sowohl römisches als germanisches, Einfluss gehabt hat, aber welches doch seinen eigentlichen Grund im heutigen Handelsrecht findet. Es scheint nämlich dass vom Wechselhandel abstammende Begriffe hierauf gewirkt haben; diess sieht man unter andern aus dem Zusammenhange mit der Frage über die Verkaufbarheit der Connossemente [1]), und in Erwägung dessen denken wir, dass das, was wir aus dem römischen Rechte nicht beweisen können, doch im Handelsrechte und dessen eigenthümlichen Geiste wahr ist: **dass hier nämlich eine wirkliche und wahre Besitzerwerbung stattfindet,** und zwar aus dem einfachen Grunde, *weil der Schiffer,* obschon er mit dem Absender handelt, *sich doch unmittelbar dem Connossementinhaber verpflichtet.*

Wenn er die Waaren an Bord nimmt, dafür ein Connossement unterschreibt und abgiebt, so handelt er in der Ueberzeugung der seerechtlichen Gewohnheit, die für ihn ein Gesetz ist, dass er sie dem (oder an dessen Ordre) abliefern muss, welcher im Connossemente genannt ist, dass dieses eine gebietende und unvermeidliche Verbindlichkeit ist: deshalb tritt er für diesen in den Besitz der Waaren. Die Analogie dieser Lehre ist im Wechselrechte vorhanden, nach welchem der Acceptant sich dem Remittenten und jedem gesetzmässigen Indossaten des Wechsels

---

1) S. hierüber Emérigon. Im *Exposé der motifs* des *Code de Commerce*, II B. Tit. 1—8. sagt der Tribun Perrée: das Connossement wäre ein Seewechsel; diess kann aber ein Gedächtnissfehler sein, und der Redner dachte wohl an *cambio maritimo* (Bodmereibrief).

obligirt, nicht nur wenn dieser oder Jemand seinetwegen das Accept fordert, sondern auch ebenso sehr, wenn das Accept schon voraus durch den Trassanten eingeholt ist [1]). Es ist dann nicht der Trassant, dem er sich zu verbinden beabsichtigt, sondern der Remittent und dessen Nachfolger [2]). So kann die Sache auch hier gedacht werden. Der Schiffer handelt mit dem Absender, aber er verbindet sich dem Consignirten, oder jedem eventuellen Connossementinhaber, und da er sich von Anfang an diesem obligirt, so muss man wohl annehmen, dass er für diesen den Besitz ergreift. Hieraus folgt aber nicht, dass der eventuelle Connossementinhaber von diesem Augenblicke an schon Besitzer werde, denn um durch einen andern Besitz zu erwerben, ist, wie Savigny auf eine genügende Weise gezeigt hat, Bewusstsein erforderlich, nicht des Zeitpunkts, wann die Besitzergreifung stattfand, sondern im Allgemeinen dass diese stattfand oder stattfinden sollte; und da hier der Schiffer kein *procurator* des Consignirten, sondern nur sein *negotiorum gestor* ist, so kann dieser nur vom Augenblicke der Ratihabition an, d. h. von dem Augenblicke an, wo er das Connossement angenommen, besitzen. Der Grund davon ist, dass um Besitz zu erwerben, wäre es auch durch Andre (einige, dem römischen Rechte eigenthümliche, Fälle ausgenommen) der *animus possidendi* erfordert wird, welcher beim Auftraggeber, so wie er das Mandat gab, vorhanden ist, doch im Falle einer *negotiorum gestio* erst von der Billigung an, welche, weil sie ein *factum* betrifft, nicht zurückwirkt [3]).

---

1) Vgl. Bender, §. 324.
2) Idem §. 342.
3) S. Savigny *Besitz*, §. 26. S. 276. 4 Ausg.

Es ist also wohl die Lehre des römischen Rechts, die uns hier zu Statten kommt, und welche in dieser Sache nichts ist, als eine höchst natürliche Beurtheilung der menschlichen Handlungen; aber der Eckstein, ohne welchen das Gebäude einstürzt, ist die Handelsgewohnheit und das Handelsrecht, nach dessen Lehre hier eine wirkliche Besitzergreifung stattfindet. Man muss sich die Sache also nicht so vorstellen, als ob der Connossementinhaber die Waaren nicht besässe, sondern nur zu besitzen fingirt würde. Die Lieferung möge, obschon das nicht genau ist, symbolisch heissen, wenn man bei dieser an den Zeitpunkt denkt, in welchem der Besitz des Consignirten anfängt, und insofern man *celeritate coniungendarum actionum* den Schiffer überspringt und die Uebergabe von dem Absender an den Consignirten geschehen lassen will: sie geschieht dann durch Vermittelung eines Schreibens, und nicht *in natura* und das Schreiben, obschon kein Zeichen, sondern ein juristisches Mittel vertritt gleichsam die Stelle der Gegenstände: allein diess betrifft nur den Lieferungsact; der Besitz, als spätere Wirkung dieser Handlung, ist wahrhafter und wirklicher. Dies streitet wenigstens nicht mit dem Sprachgebrauche, da wohl stets von *symbolica traditio* aber nie von *ficta possessio* gesprochen wird, und wenn man sich auch zuweilen den Besitz als fingirt oder angenommen denkt, was wir nicht läugnen wollen, so braucht man hierauf doch nicht viel Gewicht zu legen, da es leicht zu beweisen ist, dass diese Ansicht aus einer oberflächlichen Betrachtung der Sache (wie kann man in *Wirklichkeit* besitzen was hundert Meilen entfernt auf dem Meere sich befindet?) entstanden ist. Eine ernsthaftere Erwägung verdient die Frage, wer besitzt in der Zwischenzeit, von dem Abladen an bis dass der Consignirte

durch den Empfang des Connossements Besitzer wird? Natürlich nicht der Schiffer, da er keinen *animus* hat, für sich zu besitzen, also der Absender? diess ist zu bezweifeln, theils weil es um durch einen Andern zu besitzen, erforderlich ist, dass dieser den Willen habe, für uns im Besitze zu sein [1]), theils weil durch die *traditio* auch dann der Besitz verloren wird, wenn der Andere ihn auch noch nicht erwerben kann [2]). Hieraus folgt nun, was beim ersten Anblick befremdend scheinen mag, dass nach der hier vorgetragenen Lehre inzwischen Niemand im Besitze sein würde, allein das darf uns, wenn sie anders begründet ist, von ihr nicht zurückhalten. Dasselbe geschah im römischen Rechte, so oft Jemand starb, während der ganzen Zeit dass die Erben den Besitz der Verlassenschaftssachen nicht ergriffen, während der ganzen Deliberationsfrist und noch länger; dasselbe wenn man Etwas einem Unfähigen, der keinen *animus possidendi* haben kann, z. B. einem Sinnlosen übergab [3]), oder Jemanden der den *animus*, für einen Andern zu besitzen, nicht hat, und selbst nicht besitzen konnte [4]). Solche Fälle können auch bei uns statthaben, und wenn die Art der Sache es mit sich bringt, muss man wohl damit vorlieb nehmen.

Die Wirkung ist also, dass wirklicher Besitz erworben wird, und um nun zur Anwendung dieses Satzes überzugehen, müssen wir hinzufügen: eben so als ob die Sachen mit der Hand und *corporaliter* übergeben wären, aber auch nicht anders. Wir haben uns oben des Ausdrucks bedient, dass mit der

---

1) L. 1. §. 19 und 20 D. *de adq. poss.* (41. 2.)

2) L. 18. § 1 *eod.*

3) *Per L. cit.* Sehe auch L. 1. § 3 *eod.*

4) L. 1. § 19 *eod.* Ueber L. 37 § ult. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) u. L. 13 D. *de donatt.* (39. 5.) s. Savigny, § 26.

Uebergabe des Connossements auch der Besitz der Ladung übertragen werden kann. Natürlich geschieht das nicht in jedem Falle; die Absicht dessen, der übergiebt, muss es mit sich bringen.

Traditio bedeutet Uebertragung, Uebergeben, und muss bei den Römern durchgängig von Eigenthumsübertragung und von der Uebergabe des Besitzes verstanden werden [1]), an und für sich aber bezeichnet es die blosse Handlung, und *tradere* wird oft auch da gebraucht, wo weder von Eigenthum noch von Besitz gesprochen werden kann [2]), so ist es auch bei uns mit der Uebergabe oder Lieferung, und demzufolge müssen wir nicht wie die angeführten deutschen Schriftsteller wohl gethan haben und bei uns der Gesetzgeber (*Code de Comm.* Art. 577) von *nudi detentores* auf der einen Seite sprechen, und diesen die Eigenthumserwerber anderer Seits entgegensetzen, sondern man muss vielmehr eine dreifache Unterscheidung machen, nämlich *a. detentores*, die nicht besitzen, aber für einen Andern im Besitze sind; ein solcher ist der Spediteur, dem ein Connossement geschickt wird, um die Waaren in Empfang zu nehmen und sie dann weiter zu versenden, so auch ein Factor oder Commis, oder Mäkler, der den Auftrag hat, sie im Namen seines Patron's zu verkaufen. *b. Besitzer ohne Eigenthum*, ein Commissionair, der Auslagen gemacht oder Vorschuss geleistet hat, oder leisten sollte, und hierfür den Besitz der Waaren bekommt durch das Connossement, als Pfandgläubiger. Hierbei ist zu

---

1) Cicero Top.: Abalienatio est *traditio* alteri nexu. Ulp. XIX. 2: Singularum rerum dominia nobis adquiruntur *traditione* u. 7 »*traditio* est propria alienatio rerum nec mancipi.“ Die andre Bedeutung findet sich vorzüglich im *Corpus Juris*.

2) § 44 J. *de rer. divis.* (2. 1.) L. 25 D. *de usufr.* (7. 1.) L. 20 D *commodati* (13. 6) L. 6. D. *Depositi* (16. 3).

erinnern, dass, obschon dies Forderungsrecht noch nicht entstanden ist, und auch nimmer verwirklicht werde, doch der Besitz übergeht 1). Ein Besitzer ohne Eigenthum würde ferner sein, wenn das Connossement durch Betrug oder Irrthum in fremde Hände gekommen und zurückgehalten oder weiter verkauft wäre, so dass eine *vindicatio dominii* nach Art. 2279 C. N. (2014 Nied. Gesetzb.) statthaben könnte. *c. Besitzer und Eigenthümer:* Erstens der Käufer der Waaren, aber auch der Commissionair, wenn sie ihm als Gläubiger *in solutum* gegeben werden, oder wenn er sie, wie in Hamburg, zur Compensation behalten darf. Mit diesen drei Classen glauben wir alle Fälle, in denen es auf die Wirkung des Connossements ankommt, erschöpft, natürlich ohne sie alle genannt oder geordnet zu haben, und wir könnten mit der Anwendung fortschreiten, doch es ist erst nöthig eine scheinbare Schwierigkeit wegzuräumen, welche aus dem Gedanken der wirklichen Lieferung neben unserer symbolischen oder juristischen entstehet. Der Grund dieser letzteren, könnte man meinen, sei die unbedingte Verbindlichkeit des Schiffers, dem Connossementinhaber abzuladen: wie nun wenn der Schiffer diess nicht thut, z. B. weil er, wie nur zu oft geschieht, vom Befrachter Gegenbefehl bekommt (der sich ihm dann gewöhnlich für die Folgen verbürgt)? Die Antwort ist: diese Fälle betreffen nicht die Frage, ob man Besitz habe oder nicht, sondern die vom Verluste des Besitzes. Aendert der Capitän seinen Willen, dem Connossementinhaber zu liefern, so schadet diess dessen Besitz noch nicht, aber bringt er die Waaren anderswohin, oder liefert er sie einem

---

1) Arg. L. 29 D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 33, § 5 D. *de usurpatt.* (41. 3.)

Andern ab, so hört der Besitz des Connossementinhabers auf, und es würde ganz verkehrt sein, wenn man sagen wollte: der Eine besitzt die Waaren *corpore*, der Andere *iuris fictione* durch das Connossement [1]); es würde darum auch ein schlechter Einwurf sein, dass deshalb unsere Lehre vom Besitz nicht annehmbar, da zwei zugleich dieselbe Sache nicht besitzen können. Der Connossementinhaber hat wahre, nicht *ficta possessio;* er besitzt nicht durch das Connossement, sondern durch den Capitän, obschon er erst durch den Empfang des Connossements den Besitz erlangt hat, weil der Schiffer für diesen N. N. eventuellen Connossementinhaber den Besitz erworben hat. Es verhält sich hiermit fast, wie mit der Lieferung der Waaren im Magazine durch die Uebergabe der Schlüssel; durch diese wird, wie Savigny mit Beistimmung der angesehnsten deutschen Rechtsgelehrten [2]) gezeigt hat, nämlich *ante horrea* geschehen, wirkliche Lieferung bewirkt. Aber wie nun, wenn der Besitzergreifer die Thüre nicht öffnet, sondern mit dem Schlüssel in der Tasche nach Hause geht, und der Lieferer kömmt mit einem zweiten Schlüssel oder durch eine Hinterthüre, die er sich offen gehalten, und nimmt die Waaren weg, soll man nun sagen, es habe keine *traditio* und keine Besitzerwerbung stattgefunden? nicht wahr, man wird sagen: der neue Besitz hat wieder aufgehört, ist *corpore* verloren. Um die Parallele volständiger zu machen, nehme man statt Schloss und Schlüssel einen Sequester, in dessen Gegenwart der

---

1) Solche Theorien kommen auch wohl vor; s. *Allgem. Landrecht f. d. Preussischen Staaten*, Th. I. Tit. VII, § 74.

2) Siehe vorzüglich Hugo, *Beyträge*, I. S. 491; idem *Pandekten*, 1816, § 80, S. 63; Thibaut, *Pandekten System*, § 304; Mackeldey, *Institut.* § 313; Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 239 und 250.

Besitz ubertragen wird, und der erklärt die Sachen für den neuen Besitzer in seine Gewahrsam zu nehmen. Nachdem nun jede der Parteien ihres Weges gegangen, schickt ihm der Tradent den Befehl, die Waaren dem Andern nicht abzugeben, welcher hierdurch abgewiesen wird. Der Besitz ist nun verloren, aber diess bewirkt nicht, dass er nicht vorhanden und die Tradition keine wahre Uebergabe war.

Ist diess Raisonnement richtig, dann kann es uns in einer Hauptfrage bei der Anwendung unserer Lehre dienen: nämlich in wie weit kann der Absender, der das Connossement schon weggeschikt, die Wirkung desselben hemmen? Ist nun wirklich Besitz übertragen, so lässt diess, m. E., das gemeine Recht nicht zu: man darf einen Anderen seines Besitzes nicht berauben [1]). Es würde also eine widerrechtliche That sein, wenn auch das Strafrecht darüber schwiege. Will der Besitzer nicht freiwillig aus dem Besitz gehen, so ist eine *rei vindicatio* oder eine persönliche *actio ex contractu* z. B. die *pigneratitia* erforderlich; aber *sibi ius dicere*, die Sachen nur wegholen ist Unrecht, und wenn auch keine Gewalt gebraucht ist, so würde doch ein *furtum possessionis* stattfinden; in sofern der Absender wusste, dass seine Handlung widerrechtlich sei. Dasselbe gilt auch von der *detentio*, wenn der Connossementinhaber nicht einmal Besitzer ist, worüber die Zeugnisse des römischen Rechts keinen Zweifel zulassen [2]). Doch selten werden die Umstände eine *actio ex delicto* gestatten. Gewöhnlich masst sich der Absender den Besitz öffentlich an, unter dem Scheine von Recht; der Schiffer

---

1) L. 7 D. *ad L. Juliam de vi* (48. 7.)

2) L. 15 § 2. L. 53 § 4 D. *de furtis* (47. 2); nicht entgegen steht L. 21. *commodati.* (13. 6).

weigert dem Consignirten die Ablieferung. So lange er übrigens die Waaren nicht von der Stelle bringt[1]), oder dem Absender wieder übergiebt, hat der Consignirte den Besitz nicht verloren, und ist es Pflicht des Richters ihn vorläufig darin zu schützen, nicht aber gleich die Waaren deponiren zu lassen, weil man Sequestrationen nicht zur Regel machen muss. Dem Schiffer muss also geboten werden, die Ladung dem Consignirten, zur Noth unter Bürgschaft, abzuliefern. Consequent würde es sein, diess auch auf den *detentor* auszudehnen, und es scheint, dass man ehemals in Holland, dem zufolge was wir aus den Handvesten von Amsterdam angeführt, so weit ging: wir überlassen diess aber gerne dem Urtheile derer, so in der Handelspraxis erfahren. Im Falle von Besitz, wovon eben gehandelt, wird wohl immer weniger Zweifel darüber sein. Indessen entsteht hierbei die wichtige Frage, was man im Zweifel vermuthen müsse. Oft wird der Consignatar — wie die Erfahrung lehrt — behaupten, dass er nicht *nudus detentor*, sondern wahrer Besitzer sei. Angenommen nun, dass man irgendwo weniger günstig über das Recht des *detentor* urtheilt[2]), dann ist es von grossem Gewichte, hierfür einige Regeln zu haben. Wohl hängt es von dem ab, was zwischen den Parteien verabredet ist, aber das kann dunkel sein, und muss erst aus den Büchern und aus der Correspondenz ersehen werden; unterdessen verlangt der Destinatar die Ausübung seines Besitzes, muss ihm diess bewilligt werden? Wenn wir die Fälle durchgehen, in welchen Consignation der Waaren statthat, so finden wir, dass ausser dem Falle des Käufers, worüber am we-

---

1) L. 3. § 18 D. *de adqu. poss.* (41. 2.) L. 67 D. *de furtis* (47. 2.)
2) Siehe diese Ansicht im Hamburg. Archiv. I. I.

nigsten Streit entstehen wird, der häufigste sein wird der eines Commissionairs um zu verkaufen; nur hier kommt es nun auf die noch unsichere Lehre des Commissionscontracts an. Die Rechtsgelehrten, welche durch ihre Studien oder Praxis mehr an die Pandecten oder den *Code civil* gewöhnt sind, werden unbezweifelt in einem solchen Commissionair einen blossen *procurator* erblicken, und dann wird er durch den Empfang der Waaren durch das Connossement nur *detentor* derselben. — Aber ist diese Ansicht auch die des Handels? Was gewöhnlich im Commissionshandel geschieht, zeigt das Gegentheil. Gewöhnlich wird auf ihn trassirt, er besorgt die Assecuranz, bezahlt die Steuern, das Löschen, die Fracht, sorgt vorläufig für die Bewahrung, kurz er hat allerlei Verrichtungen und Ausgaben, sei es in Person oder durch einen Andern, Alles in Aussicht auf die Waaren: *rei magis quam personae credere videtur.* Man nimmt an, dass der Absender oder der, für welchen er handelt, Auftrag hierzu gegeben habe, und darin willige, dass er in den Waaren seine Sicherheit finde; hieraus entsteht sein Pfandrecht, und insofern die Waaren ihm durch das Connossement geliefert sind, sein Besitz; kann man nun *in dubio* annehmen, dass von diesem allen so Gewöhnlichen, nichts stattgefunden habe [1]), und dass also der Commissionair nicht Besitzer sei? Kann ferner der Absender ihn nun so plötzlich seines Besitzes berauben, durch das Anerbieten, ihm seinen Vorschuss zurückzugeben? Diess ist zu bezweifeln, der Schuldner kann erst nach Bezahlung der Schuld die *pigneratitia actio* anstellen, und will er hierzu sein Anerbieten mit der Klage cumuliren, dann muss doch der Besitz inzwischen

1) Vergl. *C. de Com.* Art. 581.

ungestört bleiben, bis Alles ins Reine gebracht und beendet ist. Ja, es kann nicht einmal eine Frage sein, ob nicht der Consignirte zur Sicherheit für andere Schulden ein Retentionsrecht auf sie ausüben könne. Wir sind überzeugt, dass der Designatar, welcher mit dem Absender, oder mit dem, in dessen Namen die Waaren geschickt sind, eine laufende Rechnung hat, auch für frühere Forderungen die Waaren zurückhalten kann: weil dieses gemeinrechtlich ist, aus dem bekannten Codextitel: *Etiam ob chirographariam* (8. 27), welcher bei uns und in Frankreich vor der Codification gegolten hat, und wie wir meinen, durch die spätere Gesetzgebung für gewöhnliche Sachen bestätigt, und für Handelssachen nicht verändert ist. Doch erfordern diese beiden Sätze eine nähere Begründung. In Art. 2082 *C. Civ.* kommt dieses Recht aus dem Codextitel auch vor, aber nicht mit demselben Ausdrucke; das *ius retentionis* scheint nämlich auf später entstandene Forderungen beschränkt zu sein [1]); nun könnte man meinen — selbst Cuiacius hielt es für ein *ius singulare* — aus diesem Grunde hätten die Verfasser des Code, die gerne in allen Sachen den Mittelweg wählten, es etwas beschränken wollen. Diess ist aber keineswegs der Fall; die Gesetzgeber haben die Vorschrift so ausgedrückt, weil sie so bei Pothier [2]) vorkommt, der in seiner leichtfasslichen und unterrichtenden Weise die Rechtssätze gern in ein Beispiel einkleidet, und hier den einfachsten und meistens vorkommenden Fall, dass Iemand Geld auf ein Pfand leiht, und hernach noch eine Summe auf dasselbe Pfand, zum Beispiele gewählt hat, was gewiss häufiger und ge-

---

1) »*S'il existait une autre dette contractée postérieurement.*"
2) *Nantissement*, N°. 47.

wöhnlicher ist, als dass erst Geld aus Zutrauen zur Person, und später auf Pfand geliehen wird, ohne zugleich das Pfand für die frühere Schuld zu bedingen. Aber Pothier beruft sich einfach auf den Codextitel *Etiam ob chirographariam* (8. 27), den er durch ein Beispiel deutlich macht, ohne demselben eine engere Bedeutung als die übrigen Erklärer geben zu wollen [1]. Mit Art. 2082 verhält es sich eigentlich folgendermassen. In den Entwurf war die erwähnte Vorschrift nicht aufgenommen; der Appellationshof zu Grenoble schlug einen Artikel von zwei Linien vor [2], wobei er sich auf den Codextitel und dessen Geltung in Frankreich berief, und dieser Vorschlag ward angenommen. Später wurde im Staatsrathe wohl widersprochen, allein man liess sich von Berlier leiten, indess aus keinem andern Grunde, als dass es der Titel *Etiam ob chirographariam* wäre, den man stets in Frankreich befolgt hätte. Nun blieb blos noch die Redaction übrig, und da folgte man lieber der von Pothier als der vom Appellationshofe zu Grenoble vorgeschlagenen Fassung, welche ausserdem wegen des ersten Gliedes des Art. 2082 nicht brauchbar war [3]. Als nun endlich Berlier über den fraglichen Titel in der gesetzgebenden Ver-

1) Vgl. Cuiacius ad. d. Tit. IX. Ed. Paris 1658, col. 1274. Perez und Brunnemann. Auch die Neuern, Glück, § 937, T. X. S. 130; Gesterding, *vom Pfandrecht*, S. 133. Mühlenbruch, § 320.

2) Siehe Crussaire, S. 890: »*Grenoble*, Art. 12. Ajouter un alinéa, présenté par la loi unique *Cod. Etiam ob chirographariam pec.* »Le créancier peut néanmoins retenir le gage jusqu'à payement d'une autre créance qui n'aurait pas été l'objet du nantissement, si cette créance est exigible."

3) »Le débiteur ne peut à moins que le détenteur du gage n'en abuse en réclamer la restitution." Hierauf konnte wörtlich nicht folgen: »Le créancier peut néanmoins retenir" u. s. w. S. vorige Anmerkung.

sammlung eine Rede hielt, sprach er über Art. 2082 im Sinne der neuen Fassung, legte jedoch auf das *contractée postérieurement* wenig Gewicht, was er doch nicht mit Stillschweigen würde übergangen haben, wenn es eine neue Vorschrift gewesen wäre; im Gegentheil, er sagte im Eingange seiner Rede: wir haben nichts anders gethan, als das alte Recht befolgt, *Tit. Cod. Etiam ob chirogr.* [1]). Historisch ist also die angeführte Beschränkung im Gesetze nicht vorhanden; die Wortfassung ist auch nicht exclusiv, und man könnte sie, sogar in bürgerlichen Sachen, wenigstens bei einer freiern Behandlung des Gesetzbuches, als man sie bei uns und in Frankreich für zulässig erachtet, als heterogen beseitigen. Wagt man dieses nicht, und wir bekennen gerne, dass der gegenwärtige Zustand der Gerichtspraxis es nicht erlaubt, so ist dieses jedenfalls für das, was hier die Hauptsache ist und für unsere zweite Behauptung ohne Gewicht, denn da auf Handelssachen Art. 2082 *C. Civ.* nicht anwendbar ist [2]), so ist für diese das gemeine Recht bestehen geblieben, in sofern es nicht durch den *Code de Commerce* verändert ist. Dass dieses Letztere der Fall sei, könnte man beim ersten Anblick des Art. 93 *C. de Comm.* meinen, welcher das Vorrecht, wenigstens des Commissionairs (bei dem vorzüglich diese wichtige Frage geordnet ist) bestimmt und mithin die frühere Gesetzgebung in dieser Lehre abschafft; bei näherer Untersuchung aber lässt man diesen Gedan-

1) »Notre projet en adoptant l'affirmative, n'a fait que se conformer au dernier état de notre législation," mit Anführung des Titels. Später spricht er zwar (und mehr noch Gary) vom *postérieurement*, doch in der Meinung, dass das alte Recht auch so gelautet, und auf eine Weise, die eigentlich ein zweites Pfandrecht demonstrirt; so dass eigentlich nur seine Absicht brauchbar, aber nicht seine Argumentation.

2) Art. 2084.

ken gern fallen. Das Privilegium in Art. 93 ist ein Pfandrecht [1]) und dieses wollen wir auf keine andern Forderungen, als die im Gesetzbuche genannten [2]) ausdehnen, aber mit jedem Pfandrechte ist ein *ius retentionis* verbunden, das man mit dem *ius pignoris* nicht verwechseln darf, und das zufolge der *L. un Cod.* cit. auch auf andre Forderungen, für welche die Sachen nicht verpfändet sind, sich erstreckt; mit diesem *ius retentionis* als Wirkung des Pfandrechts befasst sich der Gesetzgeber nicht und überlässt es der Wissenschaft: also hebt Art. 93 das Recht aus *Etiam ob chirographariam* nicht auf, sondern bestätigt dasselbe stillschweigend. Es giebt nämlich ein *pignus* für die da genannten Ausgaben und Vorschüsse, und dieses *pignus* bewirkt unter andern ein *ius retentionis*, 1⁰. für die Pfandschuld, 2⁰. für die Buchschulden, chirographia, u. s. w. Der Unterschied ist nicht unbedeutend. Das *ius retentionis* hilft nur so lange man den Gegenstand in seiner Gewalt hat, hat man ihn einmal verloren, dann nützt es auch nichts mehr; das *pignus* hingegen nützt auch dem, der Besitz und Detention verloren hat. Er kann nämlich, auch bei Mobilien, wegen Art. 2279 zweiter Theil, *C. C.* (2014 Nied. Gesb.), sich zur Wiedererlangung des Besitzes der *Quasi-Serviana* bedienen, dann ist es aber Erforderniss, dass die Pfandschuld noch besteht; ist diese jedoch aufgehoben, so kann er zwar das Pfand, wenn er es in Händen hat, noch zurückhalten, aber er kann die Quasi-Serviana nicht anstellen, um

1) Arg. *C. Civ.* Art. 2073 und 2102, N⁰. 2, wie auch die Worte daselbst: *„si elles sont à sa disposition.“*

2) Merkwürdig ist eine solche Ausdehnung in dem verbesserten Entwurfe, mit welchem die Sectionen der Generalstaaten sich jetzt befassen; sie scheint die Annäherung zu einer Praxis zu sein, welche der theoretische Gesetzgeber nicht durchschaute.

die verlorene Detention wieder zu bekommen. Andere Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Titels *Etiam ob chirograh.* übergehen wir hier, da sie ganz zum gemeinen Rechte gehören [1]). Es ist also auch in Handelssachen kein Grund vorhanden das *ius retentionis* nicht gelten zu lassen; man hat im Gegentheil noch mehr Ursache, dem Kaufmann, vorzüglich dem Commissionair, der auf die von seinem Committenten empfangenen Waaren vertraut, diese Sicherheit unbeschränkt zu vergönnen, damit er mit der neuen Sendung Waaren für die etwa geleisteten Vorschüsse sich decken möge. Zu Hamburg ist hierüber auch ein bestimmtes Gesetz gegeben, was wir oben schon angeführt haben. Die *Failliten-Ordnung* von 1753 giebt den Gläubigern des Faillirten *compensatio liquidi cum illiquido* und *ius retentionis etiam ob chirographariam* [2]).

Um von dem *ius retentionis*, welches mit dem Pfandrechte verbunden ist, zu unserer Hauptfrage zurückzukehren, so möge das Vorgetragene hinreichend zeigen, wie viel Gebrauch von der hier behandelten Besitzerwerbung durch Connossement gemacht werden kann. Wir haben dabei vorausgesetzt, dass ein solches Recht auch bei uns besteht, und mit einem Worte bemerkt, dass auch unsere Handelsgesetzgebung dieses mit sich führt. Doch dieses erfordert wieder einen Beweis. Erstens liegt ein Beweis in Art. 93, nach welchem für das Pfandrecht des Commissionairs Besitz erforderlich ist: "Si les marchandises sont à sa disposition dans ses magasins, ou dans

---

1) S. Gesterding, § 21.

2) Art. 34: »Gleichergestalt haben die, welche des *Failliti* Güter in ihrer Gewalt haben, in sofern sie *iusto titulo* zum Besitze desselben gekommen, dieses Recht (*ius retentionis*) zu geniessen."

un dépôt public (einem Douanen Entrepôt oder öffentlichem Packhause) ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut constater par un connaissement ou par une lettre de voiture l'expédition qui lui en a été faite." In diesen Worten ist wenigstens die Idee enthalten, dass ein Connossement, ja sogar ein Frachtbrief ein Beweis des Besitzes sei; denn wenn man es blos für nichts anders hielte, dann hätte man keinen Grund, nicht auch den Advisbriefen und dergleichen dieselbe Wirkung zuzuschreiben. Einen zweiten Beweisgrund glauben wir zu finden in den Bestimmungen über die Reclame, Art. 576 *C. de C.* sq. (230 N. H. Gb.) die schon erwähnt und so sehr mit den Handelsrechten anderer Länder übereinstimmt. Die Reclame ist eine *rei vindicatio* der schon veräusserten und in Eigenthum übertragenen Waaren, also eine *rescissoria* (natürlich keine *Pauliana*) als ausserordentliches Rechtsmittel im Falle eines Faillissements dem noch nicht befriedigten Verkäufer vergönnt. Eine solche Klage setzt von Seiten des Failliten Besitz oder wenigstens Detention [1]) voraus, sonst wäre sie nicht anwendbar, und es genügte die Befugniss der Verkäufer, die Waaren welche sich noch in seiner Gewalt befinden, zurück zu halten, von dem der Gesetzgeber nicht einmal zu sprechen brauchte und welches auch nicht auf den Fall eines Faillissements beschränkt werden könnte. Der Verkäufer ist wohl zur Lieferung verplichtet, aber diese Obligation wird ganz durch den Contract geregelt, und der Gesetzgeber brauchte sich hierin nicht speciell einzulassen. Ubrigens ist die Ansicht deutlich ausgesprochen in Art. 476: "Le vendeur pourra, en cas de faillite, revendiquer les marchan-

---

1) L. 9 D. *de rei vindic.* (6. 1.)

dises par lui vendues et *livrées*." Die Waaren sind dem Verkaufe zufolge geliefert, also ist der Besitz übertragen, obschon sie noch nicht angekommen sind. Man kann dagegen einwenden 1⁰. dass in Art. 576 und 577 nicht von Connossementen gesprochen wird, dass diese Vorschrift also nichts für die Connossementenlehre beweist; wenn hier Besitzübertragung supponirt wird, so kann das eine Folge der überhaupt angenommenen Lieferung sein, welche nämlich im Umstand der Absendung liegt, wozu 2⁰. Art. 100 [1]) bedeutende Veranlassung zu geben scheint. Auf diesen zweifachen Einwurf ist Folgendes zu erwidern: 1⁰. Dass der Gesetzgeber in Art. 576 und 577 das Connossement und den Frachtbrief zwar nicht nennt, aber natürlich voraussetzt, da er von Versendungen spricht, und Waaren nicht leicht über See ohne Connossement, zu Lande nicht leicht ohne Frachtbrief versendet werden können, wie aus der vielseitigen im Anfange dieser Abhandlung angeführten Nützlichkeit der Connossemente zu ersehen ist.

Die Annahme des Gesetzgebers ist ausserdem bewiesen durch Art. 578, welcher nichts anders als eine Fortsetzung des vorhergehenden und eine Modification des in diesem bestimmten Reclamerechts ist. 2⁰. Was Art. 100 betrifft, welcher sagt, dass die Gefahr der verkauften Waaren den Käufer von dem Augenblicke an trifft, dass diese das Magazin des Verkäufers verlassen und die Reise angetreten haben: so scheint dieser Augenblick der der Lieferung zu sein, denn so lange die Waaren in seinem Packhause sind, hat sie der Verkäufer in seiner Gewalt; sind

---

1) »La marchandise *sortie du magasin du vendeur* ou de l'expéditeur, voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient."

sie aus diesem entfernt, so hört das auf. Dann sind für den Gefahrsübergang auf den Käufer nur zwei Zeitpunkte denkbar, der des Contracts und der der Lieferung. Der erste ist die Regel nach dem gemeinen Rechte des *Code Civil* und des *Corpus iuris;* allein diese Regel hat der Gesetzgeber in Art. 100 nicht gewollt; also den andren Zeitpunkt. Auf diese Weise ist nach diesem Art. die Lieferung geschehen, ehe noch der Consignatar das Connossement empfangen hat und sie kann also nicht in dem Empfange liegen. So stellt sich der Einwurf, von dem wir übrigens nicht wissen, ob er je gemacht ist. Die Lösung liegt einigermassen schon in unserem früheren Beweise, nämlich, dass obgleich der Absender beim Einladen der Waaren oder indem der Capitän sie in Empfang nimmt schon aufgehört hat, sie zu besitzen, (womit Art. 100, angenommen, dass in demselben die Lieferung gemeint ist, beinahe übereinstimmt,) doch der Besitz des Consignatar erst in dem Augenblicke anfängt, wo er das Connossement erhalten hat. Der Gesetzgeber kann nämlich auf den Anfang der Lieferung, da hier die *traditio* eine fortgesetze Handlung ist, gesehen haben, und nach dem Geiste des gemeinen Rechts musste von diesem Augenblicke ab eher der Käufer, als der Verkäufer die Gefahr tragen. Wir glauben aber nicht, dass dieses die richtige Erklärung ist. Unseres Erachtens hat der Gesetzgeber weder auf die Lieferung gesehen, noch wollte er vom gemeinen Rechte abweichen, da hierzu kein Grund vorhanden war; aber wenn wir bedenken, dass der Waarenhandel zwischen Abwesenden gewöhnlich nicht *certa corpora*, sondern nur *genus* und *quantitas* betrifft, so liess er die Gefahr für den Käufer anfangen, sobald es gewiss, *was* verkauft war. Die Vorschriften des *Code Civil* in Art. 1585 und

1586 mussten, obschon das Princip blieb, in der Anwendung modificirt werden, weil einerseits vom Gefahrtragen des Käufers nicht gesprochen werden darf, wo man nicht wissen kann, ob gerade das Verkaufte untergegangen ist, und weil auf der andern Seite man bei jedem Wieder-Verkaufe derselben Waarenpartie dieselbe nicht wieder neuerdings wiegt oder misst. Diess wird wohl genügen um die Schwierigkeit, die man in Art. 100 etwa finden könnte, zu beseitigen. Kehren wir zur Reclame zurück, so finden wir einen dritten Einwurf in dem Umstande, dass diese nur statthat, so lange die Waaren unterwegs und noch nicht in dem Pakhause des Failliten angekommen sind [1]), und dieses giebt wieder Veranlassung zu der Meinung, dass erst mit der Ankunft der Waaren der Besitz des Absenders aufhöre [2]). Es ist dieses eine ganz natürliche Vorstellung: so lange die Waaren noch nicht angekommen sind, hat der Consignirte sie noch nicht in seiner Gewalt, also kann der Absender sie noch stets zurückhalten. Diese Vorstellung ist auch wirklich vorhanden, z. B. bei den englischen Schriftstellern, die gewöhnlich ihre *stoppage in transitu* auf diese Weise, obschon nicht ganz consequent, erklären. Dieses widerspräche indess der Ansicht, nach welcher die Lieferung durch das Connossement geschieht. Allein es giebt auch eine andre

---

1) Art. 577. (Nach dem Niederl. Handelsgesetzbuche, Art. 232, kann die Reclame innerhalb 30 Tagen nach der Ankunft erhoben werden.)

2) So ist auch im Staatsrathe gesprochen (M. Bérenger); s. Locré *Législation*, VII. S. 332 und 350, aber auch ebensowohl das Gegentheil, S. 323. Bermerkenswerth ist die Vorschrift des spanischen Handelsgesetzbuchs (vom 30ten Mai 1829) Art. 1114, N°. 9: dass die Reclame wegfalle, sobald das Connossement beim Failliten angekommen ist, und wohl augenscheinlich aus dem Grunde, dass der Reclamant dann kein Eigenthumsrecht mehr behaupten könne, nach Art. 1113 und 1114 pr.

Auffassung dieser Vorschrift, die eben so ungezwungen und annehmbaar erscheint. Wir wissen nämlich, dass in Frankreich auch nach der Ankunft der Waaren eine *rei vindicatio* derselben, zufolge des Einflusses des römischen Rechts auf diese Lehre, zugelassen wurde; aber nur als Nützlichkeitsmassregel, nämlich um betrügerischen Handlungen vorzubeugen, hat man diese Beschränkung hinzugefügt; keineswegs aber aus einer theoretischen Uberzeugung. Die Gegner der Reclame gaben zu erwägen, dass das Loos der Reclamanten dann zu sehr von der Willkür der Failliten abhängen würde, da die Zurückforderung wegfalle, wenn die Waaren geöffnet; er brauche also nur einen Ballen loszuschneiden oder ein Fass anzubrechem, um diese zu vereiteln. Dem ward nun gerade dadurch vorgebeugt, dass man die *rei vindicatio* nur in soweit zu liess, als der Faillit die Hand nicht daran legen konnte; man darf aber darum noch nicht behaupten, dass er keinen abgeleiteten Besitz habe, dass er kein *constructive passessor* sei [1]).

Ueber den hier vorkommenden Unterschied zwischen abgeleiteten Besitz oder *constructive possession (en route)* und dem wirklich Untersichhaben *(dans les magasius du failli)* hat Menno Pöhls eine ganz andre Ansicht vorgetragen [2]), nämlich dass letzteres ein Product des *ius germanicum*, die deutsche *Gewehre* sei. Er stellt die Sache so dar, als ob der Absender unterwegs die Waaren noch in seinem Bereiche, in seiner *Gewehre* habe, theils weil ehemals die Kaufleute mit ihren Wäaren mitreisten, theils weil, nachdem dieses weggefallen, der Capitän den Absender vertrete. Dem zufolge müsste dieser die abgeschickten Waaren

1) S. Locré, VII, S. 307; Holt, II. S. 72, 211.
2) S. Pöhls l. l. § 423.

mit Recht zurückhalten können, aber da doch durch das Connossement *symbolischer Besitz (sic)* übertragen sei, müsste man sich das Zurückhalten als eine *rei vindicatio* denken. Zur Unterstützung dieser Ansicht beruft er sich auf den Unterschied zwischen der deutschen *Gewehre* und dem römischen *Besitze*, welcher nach der wichtigen historischen Untersuchung Cropp's [1]) zwischen beiden bestehe; wozu auch die englische *stoppage in transitu* (nicht aber die französische *revendication*) beizutragen scheine. In sofern man nicht leugnen kann, dass in unserm heutigen Eigenthumsrechte römische und deutsche Rechtssätze bunt genug gemischt sind, ist diese Ansicht jedenfalls scharfsinnig, aber die Anwendung des germanischen Princips ist hier nicht wohl leicht zuzulassen, da gerade nach Cropp's Erklärung der Absender die Waaren nicht in seiner *Gewehre* hat. Von den Kaufleuten die in alter Zeit (wie es z. B. noch im *Consulat* vorkommt) mit ihren Waaren mitreisten, kann hier nichts abgeleitet werden, da diese Waaren gewiss noch nicht *verkauft* waren, sondern erst von ihnen zu Markte gebracht wurden. Dass der Absender durch den Capitän die Gewehre ausübe, ist, wie wir schon erinnert haben, nach römischem Rechte eher zu beweisen, als nach dem germanischen oder heutigen [2]).

---

1) *Criminalistische Beyträge von* Hudtwalcker und Trummer, II B. Hamburg, 1826, S. 13 in f.

2) In England wenigstens glaubt man das Gegentheil. In einer Reihe von wichtigen handelsrechtlichen Abhandlungen, vorzüglich über Kauf und Verkauf, im *Law Magazine* ist auch dieser Punkt sorgfältig behandelt, unter andern lesen wir X, S. 356: »Man hat stets gemeint, dass die Uebergabe der Waaren durch den Verkäufer *an seinen eigenen Bedienten* um sie in des Käufers Gewalt zu bringen, genüge, letztern zum Eigenthümer zu machen. Jedenfalls kann nicht bezweifelt werden, dass eine Ablieferung in des Käufers eigene Karre,

Cropp[1]) sagt: "mithin ist ein Behaupten der Gewehr *per administros possessionis nostrae* nur mit viel mehr Einschränkungen zulässig, als . . . die Behauptung des Besitzes auf solche Weise," und die Bedeutung, von welcher seine Erklärung ausgeht, ist die Umzäunung einer Hufe, die eingehegt und umschlossen wird, (curtis, clausura, septa), welches sich zum Schiffe eines Anderen schwerlich ausdehnen lässt. Später hat Cropp in einem zweiten Aufsatze seine Ansicht deutlicher entwickelt[2]): "Nun lässt es sich sehr wohl denken, dass sich Iemand statt unserer in einem solchen Bezirke befinde... allein wenn Iemand eine bewegliche Sache aus seiner *Were* heraus und in die eines Andern bringt, so wird man nie sagen können, dass sie nun noch in seinem Hause oder seiner Were sey."

Besser wäre es also für Pöhls Hypothese, dass man es umkehrte und sagte, der Absender könne, obgleich der Consignatar schon Besitzer geworden

---

Wagen, Boot, oder andres Fuhrmittel, oder an Bord seines Schiffes, welches er, sei es für eine bestimmte Zeit oder für eine bestimmte Reise befrachtet hat, oder auch, nach demselbigen Principe, einem vom Käufer *ausdrücklich angewiesenen* Frachtfahrer zu Lande oder zu Wasser, also natürlich seinem Beauftragten, eine für alle Folgen genügende Lieferung sei, welche nicht von der wirklichen Ankunft am Bestimmungsorte abhängen. Aber auch noch mehr, die Abgabe an einen Frachtfahrer, der schon öfter an denselben Käufer, ohne dessen Widerspruch, Waaren überbraucht hat, und selbst an einen gewöhnlichen Fuhrmann, der beständig zwischen zwei Orten hin und herfährt, ist zu diesem Zwecke oft eine gute und rechtsbeständige Lieferung. Der Frachtfahrer handelt eigentlich nach der allgemeinen Anschauung für den Käufer, und nicht für den Verkäufer." Und in seiner Anmerkung S. 357: »Folglich wird der Verkäufer, der mit dem Frachtfahrer handelt, gegenwärtig als der Mandatar des Käufers betrachtet, von welchem er stillschweigend den Auftrag hat, Alles zu thun, was erforderlich ist für die sichere Ueberbringung der Waaren."

1) A. a. O. S. 25.

2) A. a. O. S. 252.

sei, vindiciren, weil dieser die Sachen noch nicht in seiner *Gewehre* habe [1]); aber es wird stets eine Hypothese, von keinen historischen Beweisen unterstützt, und für das Recht wie es jetzt ist, unbrauchbar bleiben: 1⁰. Weil dieser Hypothese zufolge die Vindication auch gegen jeden späteren Connossementinhaber, so lange das Schiff nicht angekommen und Niemand also die Waaren in seine *Gewehre* gebracht hätte, zugelassen werden müsste. 2⁰. Weil sie dann in jedem Falle, als ein allgemeines Recht, statthaben müsste, während sie im Gegentheil überall als ein ausserordentliches Hilfsmittel, blos im Falle des Faillissements oder wenigstens der Insolvenz [2]), zugelassen ist.

Was übrigens das Recht eines zweiten Connossementinhabers, der vom Failliten gekauft hat, betrifft, so scheint dieses wieder eine Folge des Einflusses des Wechselverkehrs zu sein, in sofern die Forderung gegen den Capitän, gerade wie eine Wechselforderung gegen den Trassanten oder Acceptanten übertragen wird; aber für unsere Frage, über den Besitz der durch ein Connossement ervorben wird, ist diess von wenig Belang. Der Schiffer verpflichtet sich nämlich, dem zu liefern, der bei seiner Ankunft sich

---

1) So wird es von Cropp selbst aufgefasst, der wohl die hier behandelte Ansicht zuerst aufgestellt hat; (S. 22, N⁰. 10) er sieht in der Bestimmung der Hamburger *Faill. Ord.* Art. 25, N⁰. 4, im Ausdrucke: „wenn die Waare schon in des Failliten *Gewarhsam* ist" gerade die Bedeutung seiner *Wehre* im Worte *Gewahrsam* gebraucht, als den Ueberrest eines in der Theorie schon verlorenen; im Handel und Wandel gebliebenen Begriffes. Diess ist aber nur eine Vermuthung; die gesetzliche Vorschrift kann nämlich viel später eingeführt sein, zur Zeit als das Wort *Gewarhsam* schon die jetzige vulgäre Bedeutung hatte, und es kann blosser Zufall sein, dass der Gebrauch desselben in angeführter Stelle so mit der ursprünglichen Wortbedeutung übereinstimmt.

2) In England ist wirkliches Faillissement kein Erforderniss. [auch nicht nach dem Niederl. Hand. Gesetzb. Art. 244.]

als Connossementinhaber ausweise. Die Zwischenpersonen sind also keine Besitzer, denn für sie hat der Capitän den Besitz nicht angenommen, da sein *animus possidendi*, also für wen er beabsichtige zu besitzen, nur aus dem Inhalte seiner Verpflichtung abgeleitet wird. Wir haben uns demnach nicht mit der Frage zu befassen, wie durch ein einfaches Indossament der Besitz von dem einen Inhaber auf den andern übertragen werden kann; welche nach den gewöhnlichen Ansichten damit beantwortet wird, dass das Connossement die Ladung repraesentire, durch die Uebergabe des Papiers mithin die Ladung selbst geliefert, oder der Besitz derselben übertragen werde. Dieses ist, wie wir schon ausführlich gezeigt haben, die allgemeine Ansicht, ohne dass man aber an die Frage dachte, warum dennoch des Indossament erforderlich sei. Unserer Meinung nach verhält sich das anders: der Capitän besitzt für den, welcher zu der durch ihn eingegangenen Verbindlichkeit berechtigt ist, und zu dieser Berechtigung (wenn das Connossement nicht blos auf Namen oder auf Inhaber lautet) ist das Indossament als Uebertragung ein nothwendiges Erforderniss.

Hiermit könnten wir also unsere Abhandlung schliessen; das Resultat derselben ist, dass Besitzerwerb durch Connossement ein anerkanntes europäisches Handelsrecht ist, welches auch in unserer Gesetzgebung nicht vermisst wird, in der Theorie noch unvollkommen, jedoch in der Praxis sehr wichtig ist; wir haben für das Erstere einige Ansichten vorgetragen, und das Letztere an Beispielen gezeigt; doch ein Beispiel, welches zu dieser Abhandlung Veranlassung gegeben, bleibt uns noch übrig, um die Wirkung des Connossements nach der hier behandelten Lehre zu zeigen. Da, wie schon gesagt ist, in der

ganzen Auseinandersetzung der Sache der Besitzer fast gar nicht erwähnt wird, und es hingegen in einem Urtheile des höchsten richterlichen Collegiums hier zu Lande heisst: "dass ein Connossement *blos* sei eine Erklärung des Schiffers, dass er die darin angegebenen Waaren eingeladen habe, und es auf sich nehme, dieselben dem durch den Ablader *Angewiesenen* abzuliefern;" wie auch: "dass das blosse Connossement-Zusenden, oder der Besitz desselben, deshalb dem Inhaber vis à vis *(sic)* dem Ablader kein Recht giebt, sich gegen dessen Willen, wenn er es vorzieht seine Disposition zu verändern, in den Besitz der Ladung zu setzen;" so hat es uns den Anschein, dass die Praxis des hohen Gerichtshofes in Betreff dieser Frage sehr viel gegen sich habe. Um so mehr sehen wir uns genöthigt, die Gründe unserer Ansicht deutlich zu entwickeln, wozu die Vergleichung derselben mit dieser Praxis sehr geeignet, um dadurch zu zeigen wie das Resultat, der hier entwickelten Ansicht zufolge, in jenem Rechtsfalle hätte sein müssen.

Der Hergang der Sache, wie man ihn aus der Darstellung des Dr. Frets aus seinem Memoir und einem Theile der abgedruckten Beweisstücke und dem Urtheile mit vieler Wahrscheinlichkeit herstellen kann, war dieser. J. P. Suhr und Sohn zu Copenhagen consignirten an Wittwe Hubert und van Rijckevorsel zu Rotterdam 500 Tonnen Roggen, geladen in das Schiff *Aborren*, Capitän Hanssen, mit Uebersendung eines auf den Namen derselben ausgestellten Connossements. Diese Consignation geschah, dem Advisbriefe zufolge, auf Ordre und für Rechnung des O. B. Suhr zu Nyborg, und die Destinatare liessen gleich nach Empfang des Connosse-

ments, wie es gebräuchlich ist, die Ladung versichern, und zwar auf ihren eigenen Namen.

Als der Capitän angekommen, war Suhr zu Nyborg bereits schlecht geworden, wesswegen seine Gläubiger auf seine bei Wittwe Hubert und van Rijckevorsel befindlichen Waaren Beschlag legen liessen, die von ihm auf die Consignirten gezogenen Wechsel nicht honorirt wurden, und die Ablader in Copenhagen darauf ausgingen, die consignirten Waaren wieder zurückzunehmen.

In dieser Absicht liessen sie gerichtlich mit Zurücknahme ihres Auftrags durch ihren Correspondenten zu Rotterdam das Connossement von den Consignirten zurückfordern und dem Schiffer die Auslieferung verbieten. Die Consignirten hingegen citirten den Capitän vor das Handelsgericht, zur Auslieferung der Ladung. Dasselbe thaten die Verlader, riefen jedoch zugleich die Consignirten auf, sich darin zu fügen, worauf das Gericht einen kurzen Termin für das Plaidoyer bestimmte. Bevor noch dieser Tag gekommen, und gegen die ausdrückliche Weigerung der Consignirten *in iudicio*, in die Deposition der Ladung bei den Cargadors einzuwilligen, ermächtigte das Gericht den Capitän zum Löschen, zufolge Artt. 305 und 306 *C. de Comm.* (Art. 485 Nied. Hand. Gesetzb.) und dieser erhielt denn auch die Fracht von den Sequestern. Durch Beides hielten sich die Consignirten, die auch ausserdem Sachverständige hatten ernennen lassen, um den Zustand der Ladung zu untersuchen, beeinträchtigt und zur Vergütung des ihnen vermeintlich zugefügten Unrechts verlangten sie vor dem Termine, in einer Eingabe, dass der Capitän für den Werth der Ladung Sicherheit stellen solle, oder Beschlagnahme seines Schiffes. Doch das Plaidoyer hatte seinen Fortgang und das

Gesuch ward erst in Erwägung genommen und später abgeschlagen. Hierauf erging ein Urtheil des Gerichts, welches condemnirte, *a*) den Capitän, die Ladung dem Einlader abzuliefern; *b*) die Consignatare, diess zu dulden; *c*) letztere auch zum Schadensersatz und in die Kosten. Auf ihre Klage gegen den Capitän erfolgte kein Bescheid, weil, wie später angeführt ward, der belangte Capitän gefordert hatte, dass seine Befrachter interveniren sollten, worauf seine Gegenpartei nicht geantwortet hatte, wie auch desswegen, weil diese versäumt hatten die Prozessstücke zu überreichen. Später erging indess, nach Art. 507 C. de Pr., auch hierauf ein Bescheid, worin ihnen die Forderung aberkannt und sie zur Kostentragung verurtheilt wurden.

Gegen dieses Urtheil erfolgte Appellation an den hohen Gerichtshof.

Die Appellanten beriefen sich: 1°. auf das ihnen zugeschickte Connossement, in welchem der Schiffer sich verpflichtet hätte, ihnen zu liefern; 2°. auf die von ihnen geschlossene Assecuranz; 3°. darauf, dass der Ablader nicht befugt, einen Auftrag einzuziehen und eine Disposition zu verändern deren Abhängigkeit von einem Andern, sie selbst anerkannt hätten; 4°. auf den Auftrag ihres Committenten und dessen Rechtsnachfolger, die Ladung unter sich zu behalten.

Die Appellaten, nämlich nur die Befrachter (denn der Capitän war contumax) behaupteten dagegen, 1°. dass sie ihren, dem Capitän gegebenen Auftrag widerrufen, 2°. dass sie als Eigenthümer die Disposition verändern dürften, und 3°. dass die Appellanten weder das Eigenthum der eingeladenen Waaren, noch ein andres Recht auf dieselben hätten [1]).

---

1) Zur Erleichterung der Uebersicht und der richtigen Beurtheilung möge folgende Chronologie dienlich sein:

Das bestätigende Urtheil des Hofes beruht auf folgenden Gründen:

1⁰. Dass ein Connossement nur eine Erklärung des Capitäns und ein Versprechen zur Ablieferung sei.

2⁰. Dass das blosse Zusenden oder der Besitz desselben dem Inhaber gegen den Absender kein Recht gebe, gegen den Willen des letzteren den Besitz der Ladung zu ergreifen, wenn dieser es vorziehe, die Disposition zu verändern.

3⁰. Dass Vorschüsse kein Eigenthum geben, sondern nur ein Vorzugsrecht.

4⁰. Dass Appellanten keine Vorschüsse geleistet, da sie die von ihrem Committenten auf sie gezogenen Wechsel nicht acceptirt hätten.

5⁰. Dass also die Appellaten, als Ablader und

1817. 3 Juli. Datum des Connossements.
5 » Missive der Zusendung.
13 » Datum des gezogenen Wechsels.
14 » Datum der Versicherung in Amsterdam.
19 » Auftrag Seitens J. P. Suhr und Sohn an von Gennep zu Rotterdam, *casu quo* den Roggen in Empfang zu nehmen.
13 » Protest wegen verweigerter Acceptation des gezogenen Wechsels.
26 Aug. Insinuation Seitens der Ablader an die Consignirten und den Schiffer.
26 » und 1 Sept. Antrag des Schiffers auf Ersatz des Schadens und des Interesse.
27 » O. B. Suhr beklagt sich über die Verweigerung der Acceptation seiner Wechsel durch die Consignatare.
31 » Brief des Curators der Massa O. B. Suhr, mit dem Auftrage den Roggen nicht abzuliefern.
4 Sept. Plaidoyer vor dem Handelsgerichte und Gesuch den Capitän zu arrestiren.
12 » Erkenntniss des Handelsgerichts.
26 » Näherer Bescheid desselben.
6 Oct. Appellation Seitens der Consignirten.
11 » Contumacialerklärung gegen den Capitän.
24 » (oder 28) Appellationserkenntniss.

Eigenthümer, so lange die Ausladung nicht angefangen und der Kaufpreis nicht bezahlt, ein Retentionsrecht auf die Ladung und die Befugniss zur Dispositionsveränderung gehabt hätten.

Dieses sind die einzigen Gründe, auf welche die Sentenz des Gerichthofes beruht; die Entscheidungsgründe waren wohl in grösserer Anzahl und ausführlicher entwickelt: allein wir haben hier nur Wiederholungen weggelassen und im Wesentlichen nichts verändert.

Betrachten wir nun:

I. Die Behandlung der Sache selbst.

II. Das Urtheil des Gerichtshofes.

I. Was war das Verhältniss der Wittwe Hubert und van Rijckevorsel? Wir sagen mit Dr. Frets, dass sie Commissionaire des O. B. Suhr zu Nyborg waren und als Inhaber des Connossements eine *actio ex contractu* gegen den Capitän auf Auslieferung der Ladung an sie hatten. Wir fügen hinzu, das sie als solche auch Besitzer der Ladung geworden waren. Sie waren nämlich *creditores pignoratitii.* Das Connossement war ihnen zugeschickt im Namen und im Auftrage des O. B. Suhr, dessen Gläubiger sie schon waren, für dessen Rechnung sie die Assecuranzprämie bezahlt und für den sie noch andre Vorschüsse beim Empfang der Ladung und wegen derselben zu leisten hatten. Es thut nichts zur Sache, dass diese Prämie klein und die andren Auslagen blos zukünftige waren: denn das Pfand ist um nichts weniger in allen seinen Theilen obligirt, wenn es auch die Schuld vielfach im Werthe übertrifft; und die Pfandverbindlichkeit kann vorausgehen, mit der Folge, dass, wenn auch die Schuld nie contrahirt wird, zwar kein *pignus*, aber doch Besitz vorhanden ist, da der Besitz durch die Lieferung erworben wird.

Dass die Consignatare sich geweigert haben, die Wechsel zu honoriren, ist ohne Einfluss; denn darin liegt keine Abweisung der ganzen Commission und die angeführten Gründe beweisen, dass ihr *animus possidendi* hierdurch viel fester ward; ausserdem konnten sie sich auf eine Ratihabition ihres Committenten und dessen Rechtsnachfolgers berufen.

Dass der Absender nicht beabsichtigte im Besitze zu bleiben, ist gewiss, da er in der Uebergabe des Connossements die Designatare auf die Dispositionen ihres Committenten zu Nyborg verweist, so dass jedenfalls eine Lieferung durch ihn geschehen ist. Hatten die Consignatare auch keinen *animus possidendi*, so würden sie doch für ihren Committenten zu Nyborg den Besitz erworben haben.

Welchen Einfluss hatte nun dieser Besitz auf den Prozessgang für die Designatare? A. Hinsichtlich des Capitäns hatte er zweifelsohne keine Bedeutung, und der Herr Frets hat unbezweifelt das Rechtsmittel, welches er gebrauchen musste, gewählt. Wohl ist es wahr, dass seine Clienten ihres Besitzes beraubt waren; aber erstens war diess keine That des Capitäns, sondern des Richters; zweitens konnte dieses zu keiner besondern Klage verhelfen, da es wegen Mobilien keine possessorische Klagen giebt. Das römische Recht hat hierfür kein *interdictum recuperandae possessionis*, eben so wenig das französische [1]). Desshalb konnten nur die *actio furti* stattfinden,

---

1) Die *complainte* ist *retinendae possessionis*, und die *reintegrande* wird im französischen Rechte nur wegen Immobilien im Spolienfalle gegeben: s. Henrion de Pansey, *Compet. des juges de Paix*, S. 458, 507 vgl. S. 117. Dem gemeinen Rechte zufolge gilt dieses Rechtsmittel auch bei beweglichen Sachen, doch in Frankreich scheint es ausser Gebrauch gekommen, vgl. Art. 2060, N°. 2 und nur dafür die *rei vindicatio*, oder was man früher *aveu et contre aveu* nannte,

wenn, was hier der Fall nicht ist, die Umstände sie zuliessen; dann die *actio ad exhibendum* und die *actio ex contractu.* Nach römischem Rechte zwar hatten die Consignatare als Pfandgläubiger, als ihnen der Besitz genommen war, die *quasi-Serviana;* sie konnten Beschlag legen und vindiciren; nach unserer Gesetzgebung jedoch würden Artt. 2119 *C. C.* und 93 *C. de Comm.* (Nied. Hand. Gstzb. Art. 80) dem entgegenstehen; einfacher und dem Verfahren bei einem Handelsgerichte entsprechender war der von Dr. Frets gewählte Weg.

Als das Gericht den Schiffer, ohne die Gegenpartei gehört zu haben, zufolge erwähnter Artt. 305 und 306 (486 Nied. Hand. Gesetzb.) zum Löschen autorisirte, konnte diese hiergegen in einer Eingabe Widerspruch erheben [1]) und abgewiesen, appelliren [2]). Dr. Frets wählte einen liberalern, einfacheren Prozessgang, er liess den Befehl des Gerichts unangefochten, verlangte allein Sicherstellung gegen den Nachtheil, welchen seine Clienten durch denselben leiden konnten, und welcher gross genug war; denn der Capitän konnte ja, da er ausgeladen hatte, wegfahren (die Sequester wa-

---

angewendet worden zu sein. Vgl. auch Cuiac. *ad Tit. der rest spoliat.* Cap. II und III. Bei uns befolgte man in der Theorie die gemeine Lehre, ob auch in der Praxis? Voet (*ad Tit. de vi et vi armata* (43. 16.) N°. 8) sagt moribus hodiernis *fere passim*," und er beruft sich auf Menochius. Sogar bei Hoogerbeets, Korte Inleiding, X. heisst es schon »zuweilen bei beweglichen Sachen, doch nicht *häufig*."

1) Arg. Artt. 474, 157 und 158 *C. de Pr.* Carré, *les Lois sur la Procédure*, I, N°. 660. Völlig beweist dieses Citat freilich nicht; aber kann man wohl annehmen, dass es gegen eine solche Massregel des Gerichts kein Mittel gebe, oder dass der Beeinträchtigte gegen eine Sentenz appelliren solle zu der er nicht vorgeladen und die ihm nicht insinuirt war, aber doch inzwischen Folgen hatte? Wir überlassen die Entscheidung gern den Prozesserfahrenen.

2) Berriat Saint-Prix, *Proced.* S. 410, N°. 21, S. 406, N°. 2.

ren ermächtigt ihm die Fracht zu bezahlen) und so dem Kläger, der eine actio erhoben und die Litiscontestatio schon vollzogen hatte, Alles vereiteln. Dieses geschah zwar nicht; aber der Besitz blieb verloren, und der Capitän beantwortete die Forderung der Connossementinhaber mit dem blossen Anerbieten, die Befrachter interveniren zu lassen. Dieses war sonderbar; hatten die Kläger eine *rei vindicatio* angestellt, so hätte der Schiffer, wenn er vorgab für den Absender im Besitze zu sein, verlangen können, dass der Prozess mit diesem, als dem wirklichen Besitzer, zu Ende geführt werde; aber da es hier eine *actio in personam ex contractu* war, lag in diesem Anerbieten, dass die Absender *casu quo* die eigentlichen Schuldner sein könnten, die sich den Consignataren zur Abgabe der Ladung verpflichtet haben, wobei dann das Connossement, auf welches die Klage sich gründete, gänzlich vergessen war. Das Urtheil [1]) des Gerichts war ganz dieser Auffassung entsprechend; demzufolge war der Connossementinhaber *ein durch den Ablader Angewiesener*, und der Schiffer brauchte nur vom Letztern Befehle anzunehmen. Der Schiffer würde sich also *nur die-*

1) In demselben heisst es: »dass ein Connossement *blos* sei eine Erklärung des Schiffers, dass er die darin angegebenen Waaren eingeladen habe, und es auf sich nehme, sie *dem durch den Ablader Angewiesenen* in gutem Zustand abzuliefern; dass der Destinatar, dem das Connossement dieser Waaren zugesandt sei, aus demselben auf diese weiter kein Recht erwerbe, als in sofern er nachweisen könne, dass die eingeladenen Waaren ihm gehören oder von ihm Vorschüsse auf dieselben geleistet seien; dass die Mitbeklagten nicht nur nicht bewiesen, sondern nicht einmal behauptet hätten, Eigenthümer der eingeladenen Waaren zu sein oder Vorschüsse auf sie geleistet zu haben; dass es also dem Ablader zustehen müsse, so lange kein Dritter bewiesen, dass er darauf ein Eigenthums- oder Vorzugsrecht habe, *seine dem Schiffer gegebene Ordre* zu widerrufen und einen Andern zum Empfange der Waaren zu ermächtigen."

sem [1]), nicht aber dem Connossementinhaber verpflichtet haben. Wir haben seine Obligation nicht zum Gegenstande unserer Abhandlung genommen, glauben jedoch hier sagen zu müssen, dass das Gegentheil, mehr oder weniger modificirt, bei allen Schriftstellern über Handelsrecht und Connossement sich findet, wenn auch über den Besitz die Meinungen verschieden sind. Dass indessen allgemein Besitzerwerb durch Connossement angenommen wird, ist dem Angeführten zufolge ausser Zweifel; hiermit steht nun die Verbindlichkeit gegen den Connossementinhaber im engsten Zusammenhange. Denn folgt man der gewöhnlichen Ansicht, dass das Connossement die Ladung repräsentire, und diese durch dasselbe symbolisch übergeben werde, dann ist die unvermeidliche Folge, dass die Ladung dem Connossement folgt, und der Schiffer keinem Andern abliefern darf. Sagt man, so wie nun in England die Lehre zu sein scheint [2]), dass der Befrachter, als Beauftragter des Consignirten, den Schiffer annehme, dann ist es selbstredend, dass dieser die Handlung nicht veränderen kann, dass der Schiffer die Ladung für den Consignatar aufs Schiff nimmt und sie deshalb diesem abgeben muss. Betrachtet man

1) Es ist unsere Meinung nicht, dass der Schiffer, der mit dem Absender gehandelt, sich diesem gar nicht verbinde; im Gegentheil, er schliesst mit diesem einen Befrachtungscontract, entweder schriftlich (Certepartie) oder stillschweigend, aus den Umständen beweisbar, nämlich durch das stattgehabte Einladen, welches durch das Connossement bewiesen wird; aber wir meinen, dass das Connossement auch eine Verbindlichkeit des Schiffers gegen jeden eventuellen Inhaber desselben enthalte, eben so wie ja auch der Acceptant so wohl dem Trassanten als dem Inhaber verpflichtet ist. Diess wollen wir hier, um Missverständnissen vorzubeugen, erinnert haben.

1) S. *Law-Magazine* l. l. oben S. 140.

das Recht des Connossementinhabers mit Pöhls [1]) als ein abgeleitetes Recht, welches von dem Befrachter auf ihn durch Uebergabe des Connossements übertragen ist, so muss der Schiffer natürlich dem Cessionar genügeleisten, und der Cedent kann die Uebertragung nicht willkürlich zurücknehmen. Nach der Lehre, welche wir über den Besitz vorgetragen, erwirbt der Schiffer dem Consignirten den Besitz, weil er sich diesem obligirt; der Absender tritt also aus dem Besitze, der Schiffer ergreift ihn für einen Andern, natürlich für den, welchem er abzuliefern versprochen hat. Es muss also ein Obligationsverhältniss zwischen ihnen bestehen, ein Verhältniss von *procurator*, *negotiorum gestor*, *locator*, oder *depositarius;* mithin hat der Consignirte eine Klage gegen den Schiffer. Dieses Resultat ist auch allgemein anerkannt; man kann nur dagegen sagen, dass es nicht statthabe, wenn der Consignirte blos Bevollmächtigter des Abladers und also nur *nudus detentor* des Connossements sei; was wir nicht leugnen wollen. Aber kann man dieses vermuthen und darf der Schiffer seine Verbindlichkeit fahren lassen, weil der Ablader ihm solches insinuirt hat? Sonderbar! bei unsern Voreltern konnte nicht einmal ein Arrest die Ablieferung der Ladung verhindern, und jetzt genügt ein einfacher Widerruf! Doch im Erkenntnisse des Gerichtes findet sich diese Annahme auch nicht, und wirklich bestand zwischen den Consignataren und dem Ablader gar kein Rechts-Verhältniss, ein solches fand nur Statt zwischen letzterem und seinem Käufer (oder

---

1) L. c. § 422, S. 453: »Hat der Schiffer sich in dem Connossemente zur Auslieferung der Waare an eine bestimmte Person verpflichtet, so ist die Frage nach der Legitimation bald entschieden. Wenn gleich auch in diesem Falle *der Destinatar sein Recht im Ganzen nur von der Person des Abladers herleiten kann*," u. s. w.

Committenten zum Kaufen) O. B. Suhr zu Nyborg; dessen Commissionair oder Gläubiger der Designatar war. Fragt man aber, was muss der Schiffer anfangen, der von beiden Seiten zur Ablieferung angehalten wird? Wenn ihm Connossemente, die verschiedenen Personen indossirt sind, angeboten werden, dann muss er die Entscheidung dem Richter überlassen, der aus dem zwischen den verschiedenen Inhabern und dem Absender Verhandelten beurtheilen muss, wer von Beiden nun für den Besitzer zu halten sei [1]). Aber wenn blos die eine Partei ein auf ihren Namen gestelltes Connossement hat, dann muss er sich solange kein Beschlag gelegt ist, an seinen Contract halten. Und dann bleibt es noch eine Frage, ob er die Ladung nicht dem Connossemente folgen lassen muss, und ob nicht die Praxis des alten amsterdamschen Handelsrechts in dieser Hinsicht auf einem richtigem Principe beruht, welches aus einem liberalen Geiste und aus dem Bedürfnisse eines schnellen Verkehrs im Grosshandel entstanden ist. Die Analogie des Wechselrechts ist hier ganz unleugbar, kein Arrest unterm Acceptanten kann die Zahlung hindern, und es würde ganz fremd scheinen, wenn dieser erst fragen wollte, ob der Praesentant wohl die Valuta bezahlt, oder ob sie ihm creditirt sei. Das französische Gesetz spricht nun zwar hierüber ausdrücklich im Wechselrechte im Art. 149 *Cod. de Comm.*, nicht so bei den Connossementen. Aber ist denn unser ganzes Connossementsrecht im *Code* enthalten? Ist es nicht vielmehr klar, dass wir im Gesetze ein System des Wechselrechts haben, und von der Connossementslehre blos einzelne

---

1) Vgl. das Citat aus Emérigon ob. S. 103 u. *Preussisches Landrecht*, l. c. § 75. u. 76.

zerstreute Vorschriften? Warum sollten wir uns also nicht dem vaterländischen Rechte anschliessen? Der Gesetzgeber hat uns, da er die Verhandelbarkeit der Wechsel bei den Connossementen in Art. 281 *C. de Comm.* zulässt, hierzu wenigstens den Weg gezeigt [1]). B. Hinsichtlich des Absenders. Der Absender, da er den Besitz der Ladung auf den Consignirten übertragen hat auf Ordre und für Rechnung eines Dritten, hat gewiss aufgehört sie zu besitzen und kann sie nur durch eine *rei vindicatio* wieder erlangen. Dieses ist wahr, so wohl wenn der Consignatar selbst, als auch wenn er nur für seinen Committenten zu Nyborg besitzt. Zweifel kann darüber obwalten, wer von diesen beiden, nicht aber ob einer von diesen oder der Absender besitze; dieser ist ein Verkäufer, der noch keine Zahlung erhalten, und schon geliefert hat, er kann wohl noch Eigenthümer aber nicht Besitzer der Waaren sein. Nun ist es unbezweifelt, dass der Widerruf des Auftrags und die insinuirte Willenserklärung, man wolle die Waare wieder haben, keine *remedia recuperandae possessionis* sind. Was musste also der Absender thun? er musste in Beschlag nehmen und vindiciren, wobei es dann die Frage ist, ob er diese Klage habe. Nach unsern Gesetzen kann er sich nicht darauf berufen, dass die Zahlung noch nicht geleistet sei, weil diess den Eigenthumsübergang nicht verhindert. Hingegen konnte er bei uns, und wohl allgemein in der handeltreibenden Welt, nur vindiciren, falls sein Käufer O. B. Suhr zu Nyborg faillirte. Waren diese, als die H. van Gennep und Sohn für den Absender gerichtlich ansagen liessen, den 26ten August schon faillit oder blos insolvent? Den

1) Vgl. im Niederl. Handels-Gesetzbuche Art. 508.

27ten August handelte er noch selbst, aber am 31sten hatte er einen Curator. Wenn nun der Absender diese Klage hatte und befugt war, auf diese Weise zu reclamiren, dann fragt man sich weiter, gegen wen musste er die Klage anstellen? Man kann gegen jeden Besitzer und Detentor vindiciren "*ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem* [1])," aber eine handelsrechtliche Reclame, ausnahmsweise (wegen des Faillissements) dem vergönnt der kein Eigenthümer mehr ist, muss gegen die faillite Massa angestellt werden [2]). Doch auch wenn dem nicht so wäre, würde der Belangte als *detentor* mit einer *nominatio auctoris* fordern können, dass die faillite Masse in die Sache gezogen werde, und gegen ihn, als einen *creditor pignoratitius* mit Retentionsrecht konnte die *rei vindicatio* eines Dritten keine diesen Rechten nachtheilige Folgen habe. Ob das Retentionsrecht auch gegen die faillite Massa helfe, kann hier und anderswo bezweifelt werden [3]). In Hamburg hat er dieses Recht, und wir glauben, wegen

---

1) L. 9 D. *de rei vind.* (6. 1.)

2) Arg. Artt. 579 und 582. *C. de Comm.* 235 u. 239 *N. H. Ges.*

3) S. Glück l. l. Art. 536 *C. de Comm.* ist bei uns nicht entscheidend, weil die Wortfassung eher eine Befugniss der Syndici, als eine Veränderung des Rechts des Pfandgläubigers andeutet, als auch deswegen weil man nicht annehmen kann, dass stillschweigend das gemeine Recht in Art. 2082 (1205 N. B. G.) so beschränkt sei. Dass das Retentionsrecht, so wie auch Glück behauptet, nicht gegen Dritte wirkt, beruht auf sehr schwachen Gründen, nämlich auf der Beifügung »*quod in secundo c. r.*", in welcher nur vor dem *secundus creditor*, der das *ius offerendi* hat, gehandelt wird. S. hiergegen Haubold, *Opusc.* I. S. 616. Allgemein legt man zuviel auf das *ius singulare*, welches wenig zur *exceptio doli*, mit der das Retentionsrecht in Wirkung gebracht wird, passt; eher könnte man das *ius offerendi* von diesem Standpunkte aus auffassen. Für unsern Fall genügt es, dass Art. 93 durch das Reclamerecht nicht verändert, und das *ius retentionis* des Pfandgläubigers eine Eigenschaft seines Besitzes ist.

der schon angeführten Gründe, auch bei uns, wissen aber nicht, ob es hier zu Lande anerkannt ist. Jedenfalls muss man sich wohl hüten, den Commissionair, der *creditor pignoratitius* ist, einem *nudus detentor* gleichzustellen, oder ihn nach Artt. 581 und 582 *Code de Comm.* zu beurtheilen. Die Wortfassung des erstgenannten Artikels zeigt hinlänglich, dass er unter diesen nicht gehöre; es heisst da "consignées au failli à titre de dépôt ou pour être vendues pour le compte de *l'envoyeur.*" Dies sind also zweierlei *detentores*; der eine um einfach zu bewahren, der andere, um zu verkaufen, aber nicht für Rechnung des *Committenten* als Commissionair, sondern für Rechnung des Absenders *envoyeur*, einfach als dessen Factor oder Mandatar. Das unfranzösische, mithin absichtlich gewählte Wort, zwingt zu dieser Auffassung, und die Vergleichung desselben mit der Wortfassung in Art. 93 unterstüzt diese Erklärung; sonst würde das Weglassen einer Vorschrift an dieser Stelle, welche dem Art. 579 entspreche, wenn hier an den wahren Commissionair, der stets Vorschüsse macht, gedacht wäre, eine Lücke und eine Nachlässigkeit des Gesetzgebers sein, was wir, da es zu vermeiden ist, nicht annehmen dürfen. Die Wahrheit ist, dass der wahre Handelscommissionair im Gesetze nicht ausdrücklich vorkommt. Wir haben schon bemerkt, wie gewöhnlich die unvollständige Vorstellung ist, mit Ueberschlagung der Besitzer nur Eigenthümer auf der einen, und *nudi detentores* auf der andern Seite zu sehen. In unserm Gesetze ist dieses auch einigermassen der Fall. Doch ist es so gefasst, dass man den Commissionair, der *creditor pignoratitius* ist, hinsichtlich der *rei vindicatio* wohl dem Käufer gleichstellen muss, weil es ungereimt sein würde, sie gegen Letzteren, der schon Eigenthümer ist, wohl zu-

zulassen, und nicht gegen Erstern, der nur Besitzer ist; woraus dann folgt, dass auch Art. 597 auf ihn angewendet werden muss.

Um weiter zu gehen: hier entsteht die Frage, ob der Curator der failliten Massa zu Nyborg bei uns interveniren kann, und ob der Richter zu Rotterdam über die Reclame des Koppenhagners entscheiden konnte. Dr. Frets [1]) leugnet diess und behauptet die Reclame gehöre nur zur Cognition des dänischen Richters: 1⁰. Weil dorten das Faillissement stattgefunden; 2⁰. weil nach dänischem Rechte entschieden werden müsse; 3⁰. weil es ein Rechtsstreit zwischen Ausländern sei, über welchen hier der Richter nicht urtheilen dürfe, nach Merlin, *Repertoire*, voce: *étranger*, § 2; 4⁰. weil die Handlung, Verkauf und Lieferung, zwischen den beiden Suhr in Dänemark geschlossen sei. Sowohl das practische Interesse dieser Frage, wie ihr Zusammenhang mit unserm behandelten Gegenstande erlaubten uns nicht sie mit Stillschweigen zu übergehen. Es scheint nämlich gegen die vier aufgestellten Sätze das Eine oder Andre zu erinnern zu sein, was wir nicht als Widerspruch, sondern nur als Bedenken, um die Sache von allen Seiten zu behandeln, hier vorbringen. Der erste Satz scheint wohl ganz begründet, da er die Vorschrift des Gesetzes, *C. de Pr.* Art. 831 und 59 [2]) für sich hat, aber ausgemacht ist es nicht. Art. 831 sagt zwar, die Beschlagnahme müsse für gültig erklärt werden vom Richter des Wohnortes dessen, *auf den es gelegt sei;* welcher un-

---

1) S. 96 und 70.

2) Art. 831: »La demande en validité de la saisie sera portée devant le tribunal du domicile de celui, sur qui elle est faite." Art. 59: » . . . le défendeur sera assigné . . . En matière de faillite, devant le juge du domicile du failli."

deutliche Ausdruck, verglichen mit der Wortfassung im Art. 830 so erklärt wird, dass er nicht den Detentor sondern den, der als Besitzer der *rei vindicatio* widersprechen muss, bedeutet [1]); aber ausser dem, dass hieraus folgen würde, dass wenn der Detentor selbst Besitzer, die Gültigkeitserklärung gegen ihn gefragt werden müsste [2]), ist es bei der Gesetzgebung gesagt [3]) und in der Praxis mit gutem Erfolge behauptet, dass der Titel, zu dem Art. 831 gehört, nicht anwendbar ist auf Reclame in Handelssachen. Die andere Vorschrift, in Art. 59, dass in Faillissementscasus der Beklagte vor den Richter im Wohnorte des Failliten gerufen werden müsse, lässt sich gewiss nicht so leicht beseitigen. In unserm Falle ist O. B. Suhr zu Nyborg der Faillit und gegen ihn, als Käufer und Eigenthümer der auf seine Ordre dem Rotterdammer gelieferten Waaren, musste die *rei vindicatio* angestellt worden: also in Dänemark. Es sei uns aber erlaubt zu erinnern, dass Art. 59 *in parte qua* eine Ausnahme befasst, denn der Natur der Sache gemäss muss die Reclame da geschehen, wo die Sache sich befindet, und wo auch der Richter die Zurückgabe befehlen kann, (wie auch derselbe Art. 59 sagt, die Wortfassung ist nicht so, dass man ihn nur von Immobilien verstehen *muss*) [4]) dass er deshalb streng in seinen Grenzen gehalten werden

---

1) S. *Discours* von Tarrible bei Locré, *Législation*, Th. XXIII, S. 169: »doit être dirigée principalement contre celui auquel on impute le déplacement."

2) Berriat Saint-Prix, *Proced.* 650, not. 2.

3) Berlier, *Exp. des Motifs.*

4) Das Wort *situation*, in einer gedrängten Kürze, ist nicht unpassend, wenn von *beweglichen* und *unbeweglichen* Sachen in einem Athem gesprochen wird; eben so kann *objet*, welches von Immobilien allein nicht sprachgebräuchlich ist, von beiden zusammen sehr gut gebraucht werden.

muss, und dass hinzukommende Umstände ihn ausschliessen können. Ein solcher Nebenumstand ist in unserm Falle vorhanden, weil die *rei vindicatio* nicht einzig gegen die faillite Massa von O. B. Suhr, sondern eben so gut gegen Wittwe Hubert und von Ryckevorsel zu Rotterdam die auch, oder besser vielmehr Besitzer sind und ein Pfandrecht auf die in Beschlag genommene Waaren behaupten, angestellt werden musste. Was würde es dem Vindicanten auch nützen, ein Urtheil zur Ablieferung gegen die Massa O. B. Suhr ausgewirkt zu haben, wenn nicht zugleich auch Wittwe H. und v. R. zur Restitution verpflichtet werden? diese processiren nicht gegen die Massa und wollen nur behalten was sie in Händen haben, wie kann man sie dann zwingen, nach Nyborg zu gehen und zu klagen? Weiter, Art. 59 ist nicht so überwiegend, dass er alle andern nach sich zöge, er bewirkt nicht, dass ein andrer Richter nicht über eine Reclame im Falle eines Faillissements urtheilen *darf;* es ist zugleich die Frage, ob der Beschlagnehmer und der Inhaber, bei welchem Beschlag gelegt ist, sich darauf berufen können, und endlich *quid*, wenn die faillite Massa kein Interesse hat oder einwilligt? In diesem Falle hat man wohl behauptet, dass nur Art. 420 des *Code de Procédure* anzuwenden sei. Frets hat hierauf auch geachtet; es ist sein Beweisgrund N°. 4: der Verkauf und die Lieferung haben in Dänemark stattgefunden. Es ist indessen augenscheinlich, dass im genannten Art. nur persönliche Klagen vorausgesetzt werden, also könnte für die *actiones in rem* Art. 59 N°. 3, anwendbar bleiben [1]). Diess sind Anmerkungen gegen den ersten der vier Sätze,

---

1) Vgl. Berriat Saint-Prix, l. c. p. 126, 650.

welche wir mit um so grösserem Vertrauen dem Urtheile der Sachverständigen überlassen, da wir aus dem Berichte von Frets [1]) sehen, dass auch seine Gegenpartei solche Ansichten hatte. Man könnte sich hierfür auf die Autorität des franz. Cassationshofes berufen, der in einem vollkommen ähnlichen Falle, der nur von den Advocaten anders behandelt war, in Uebereinstimmung mit dem Gerichtshofe zu Aix i. J. 1821 urtheilte, dass der Commissionair, bei welchem durch den Absender die Beschlagnahme geschehen, nicht gehalten sei, in foro seines faillirten Principals aufzutreten, sondern dass er die Aufhebung des Arrestes bei dem Richter des Orts, wo er gelegt, fordern könne, gegen Art. 59 und zufolge Art. 420, weil zwischen dem Failliten oder den Syndici der Masse, und dem in beschlagnehmenden Absender über die *rei vindicatio* kein Rechtsstreit bestand, wie diese selbst erklärt hatten [2]), und andrerseits der Commissionair die Erstattung seiner Vorschüsse und das Zurückbehalten seines Pfandes bei dem Gerichtsstande, wo dieselbe geschehen muss, behaupten kann [3]). Was den zweiten und dritten Satz betrifft: unsere Gerichte *dürften* zwischen Ausländern nicht urtheilen, so wird dieses nicht einmal in Frankreich behauptet, wohl aber dass diese sich diesem Gerichtsstande *nicht* zu unterwerfen *brauchen*, und hierbei lässt man noch eine Ausnahme in Handels- und Seerechtssachen zu, wie man in dem ausführlichen von H. Frets citirten Paragraphen des *Réper-*

1) S. 70.

2) Gerade wie der Curator der Massa v. O. B. Suhr den Clienten des H. Frets.

3) S. Sirey, *Recueil*, 1821, Th. XXI. S. 330. Vgl. aber auch Merlin, *Questions de Droit*, in voce *Révendication*, § VII inf.

toire, worin ein *Arrêt de Rejet* angeführt, sehn kann. Wir haben auch wohl einmal gelesen, dass französische Richter es verweigerten, zwischen Ausländern Recht zu sprechen, aber dieses beruht nur auf einer Schlussfolgerung, die wir neben ihren Gesetzen nicht anzunehmen brauchen. Unsere vaterländischen Gesetze waren ganz anders [1]) und in unserer Constitution herrscht ein freierer Geist. Kann bei uns zwischen Ausländern gerichtet werden, dann ist die unvermeidliche Folge, dass unsere Richter auch nach ausländischen Gesetzen und Rechten urtheilen müssen; doch diesser Punkt erfordert keinen Beweis. Es sind auch ausser dem Handel so viele civile, sehr gewöhnliche Sachen, in denen es nicht anders sein kann, sogar wenn es Inländer betrifft, dass wir hier unbezweifelt auf die Praxis verweisen dürfen; man vergleiche übrigens Pardessus, *Cours de Droit commercial*, Th. III, N°. 1681.

Wir hoffen, dieser Excurs möge den Leser nicht verdriessen: die practische Behandlung einer Sache, eigentlich nichts anders als eine verfeinerte Theorie, ist es doch, worauf im wirklichen Leben Alles ankommt. Die Commissionaire, Wittwe Hubert und von Ryckevorsel waren durch ihren Besitz im Vortheile gegenüber dem Absender. Ihre Gegner mussten von ihnen vindiciren, und den Beweis liefern, das sie *iure singulari* wegen des Faillissements ihres Käufers hierzu berechtigt seien; sie mussten Beschlag legen, eine *saisie-revendication* anstellen, deren Gültigkeit in Rotterdam untersucht werden musste, und da konnte kein anderes Resultat sich ergeben, als dass die Commissionaire, wegen ihres Pfandes und des damit verbundenen Retentionsrechts

1) Vromans, *de foro competenti*. Lib. I. c. 2.

so weit die Waaren reichten daraus auch das ihnen Verschuldigte erlangen sollten. Es sind diess lauter Folgen des durch das Connossement erworbenen Besitzes welcher aber, wir wissen nicht aus welchem Grunde, nicht geltend gemacht ist. Hatten H. und v. R. keine Fordrungen gegen O. B. Suhr, und wollten sie die Waaren nur für die faillite Massa behalten? Aber dann hätten sie den Prozess nicht so eifrig fortgesetzt [1]). Wir glauben vielmehr, dass sie oder ihr Anwalt, das Recht des Commissionairs nicht in dem Umfange aufgefasst haben, wie es geschehen muss. Gewiss ist es, dass wenn sie als das Decret ihnen den Besitz nahm [2]) hätten Beschlag legen lassen, um ihren ganzen Rückstand aus diesen Waaren zu erhalten, sie natürlich verloren hätten; denn Praeferenz hatten sie nur für die vorgeschossene Versicherungsprämie (Art. 94), wegen der übrigen rückständigen Rechnung aber nur Retentionsrecht, und das war mit dem Besitze verloren, eine *Quasi-serviana* um diesen wieder zu bekommen, giebt unser Gesetz nicht [3]);

---

1) S. Frets; S. 38. »Doch es besteht ein andrer Grund, warum die Appellantem die fortwährende Rechtmässigkeit des Connossements in ihrem Besitze, gezeigt haben wollen. Sie haben nämlich nach Empfange desselben, ihrem Mandanten *neuen* Vorschuss geweigert aus dem einfachen Grunde, dass sie mit ihm eine durchlaufende Rechnung hatten."

2) Eine Sequestration war das nicht, denn (um von den Umständen und dem hierzu Erforderlichen nicht zu reden) die Erlaubniss zum Löschen ward dem Schiffer nach Art. 305 und 306 *C. de Co.* ertheilt, doch ohne dass die Annahme oder die Frachtzahlung wäre geweigert worden, und so dass die Bewahrer das Recht hatten die Fracht zu bezahlen. Später werd die Ladung, ohne Mitwissen der Commissionair, zum Verkaufe angegriffen.

3) Arg. Art. 2119, *C. C.* und 93 *C. de Comm.* Wir haben dasselbe bei Gelegenheit der Klagen gegen den Schiffer gesagt. Es ist auch wohl gewiss, dass die Consignatare keine Besitzer mehr waren und dass sie nicht vindiciren konnten. Aber was war durch das Decret des Gerichts aus dem Besitze geworden? Das ist eben so schwer zu sagen, wie das Decret zu karakterisiren.

das *beati possesores* war für sie ein Speculationsgegenstand geworden.

II. Betrachten wir nun das Erkenntniss des Hohen Gerichtshofes, so sehen wir den Bezitzerwerb durch Connossement nicht nur nicht gehörig beachtet, sondern gänzlich geleugnet; es heisst da: *Nur eine Erklärung des Schiffers und Versprechen um an eine angewiesene Person abzuliefern.* Diese handelsrechtliche Ketzerei bestreiten, würde eine unnöthige Wiederholung dessen sein, was wie wir meinen, oben hinlänglich bewiesen ist. Aber die Frage ist nicht unwichtig: woher eine solche beschränkte Beurtheilung wohl gekommen sein mag. Denn konnten auch die Commissionaire *in casu* nicht behaupten, den Besitz zu haben, so bleibt dennoch *in thesi* das Gesagte unwahr. Wir wollen hier nicht sagen, dass unsere ersten Richter den Umfang des Connossementsrechts nicht kennen; aber wenn wir das fragliche Urtheil so rückhaltslos behandeln, als ob es z. B. in den *Decisiones Rotae Genuae* stände, dann würden wir vermuthen, dass die Rathsherrn, welche in dieser Sache geurtheilt, vertraut mit den Ansichten des eigentlichen Civilrechts, weniger gewohnt sein, das Handelsrecht in seinem Umfange und eigentlichem Geiste zu fassen.

Es ist doch eine gewöhnliche Ansicht, das ganze Handelsrecht nur als Ausnahmen vom Civilrechte zu betrachten: aus dieser kommt man leicht zu der Meinung, dass man mit dem Texte des Gesetzes und mit der Wortfassung der Contracte fertig werden könnte. Dass sich besondre Rechtsgewohnheiten aus dem Handel entwickeln, welche das Organ der Gesetzgebung und die Contractsformeln auszudrücken nicht im Stande sind, wird häufig nicht beachtet. Liest nun Jemand ein Connossement, so wird er gerade das darin finden was der H. G. Hof. darin ge-

funden hat und nicht viel Andres, aber daraus folgt nicht, dass ein Connossement in der That auch nichts anders *ist.* Daraus folgt nicht, dass das Connossement keine Wirkung habe, die im Formulare nicht zu lesen wäre. Die Lehre der *locatio et conductio* würde sehr dürre aussehen, wenn man sie gänzlich aus dem Miethscheine construiren müsste; und wenn man sich bei einem Kaufe an das Contractsformular halten müsste, dann würde es mit der *evictio*, der *redhibitoria* und einigen andern Rechten, sowohl für Verkäufer als Käufer, schlecht stehen. Wenn Jemand sagt, ein Wechsel ist ein Auftrag an eine angewiesene Person zu zahlen, so hat er eine anerkannte Wahrheit gesagt und kann sich auf die Definition des Grotius berufen [1]) aber wenn ein Richter meint, dass ein Wechsel *nichts anders ist*, weil in einem solchen Briefe nichts anders geschrieben steht, dann müsste man für die Folgen sehr besorgt sein. Für den Inhaber und die Indossaten könnte es gar schlechte Folgen haben [2]), da von ihren Rechten im Briefe nicht gesprochen wird. Ferner sagt der Gerichtshof: *dass das Zusenden des Connossements, oder der Besitz desselben, kein Recht gegen den Absender giebt, wenn dieser es vorziehe, die Bestimmung zu verändern, um gegen dessen Willen den Besitz der Ladung zu ergreifen.* Das ist vollkommen wahr, doch aus einem ganz anderm Grunde, nämlich weil

1) Es ist zwar wahr dass bei uns nach einer alten Lehre der Trassant seinen Auftrag widerrufen kann; aber nur wenn der Inhaber ein einfacher Mandatar ist (vgl. *Observ.* zu de Groot, I, obs. 77, und van der Keessel, Thes. 580. ».... Literis vero iam traditis, et a remittente tranmissis si quidem is earum dominus mansit, recte revocabit mandatum,) und es ist nicht wahr, dass diess gegen ihn vermuthet werden muss, zum Vortheile dessen, der selbst nur für einen Andern einen Auftrag ausführt.

der Connossementinhaber den Besitz schon hat, oder wenn er nur ein *nudus detentor* ist, weil der, welcher für einen andern besitzt, sich selbst den Besitz nicht anmassen darf [1]), wenn er diess nicht ist, so ist das Connosssment der Titel und Beweis des Besitzes, den er durch den Schiffer erworben. Der Absender kann mithin die Bestimmnng nicht verändern: was schon geliefert ist, kan man nur zurückfordern, nicht zurücknehmen. Es ist interessant mit dieser Behauptung des H. G. Hofes das bei einer ähnlichen Gelegenheit erlassene Urtheil eines berühmten englischen Richters zu vergleichen: "Es ist ein Princip des Handelsrechts," sagte Sir William Scott im Admiralitätshofe, "dass die, welche Aufträge angenommen und eine Consignation gethan haben, kein Recht haben, ausser dem Falle von Insolvenz, die Consignation zu verändern."

Ein dritter Punkt ist: *Vorschüsse geben kein Eigenthum, sondern nur ein Vorzugsrecht.* Dass Vorschüsse kein Eigenthum geben, ist klar, die Meinung wird wohl sein, kein *ius in re;* aber dann ist hier (gerade wie im *Handelsarchiv*) nicht beachtet, dass es noch etwas anderes giebt als Eigenthum und Detention, nämlich, dass man ohne Eigenthum *Besitzer* sein kann, dass mit dem Besitze besondre Rechte verbunden sind und dass *nihil commune habet proprietas cum possessione* [3]). Auch ist, durch ein zu buchstäbliches Auffassen des Wortes *privilège* in Art. 93 der Charakter des dem Commissionair zustehenden Rechtes verkehrt beurtheilt. Diess ebengenannte Privilegium, oder wie es bei uns heisst *Preferenzrecht* war hier von

1) Arg. Art. 2236 und 2240, C. C. Art. 592 N. Burg. G.buch.
2) S. Holt, II, S. 105.
3) L. 12, § 1 D. *de adqu. poss.* (41, 2.)

Alters her, wie in andern Ländern ein wirkliches Pfandrecht [1]) und wir haben gezeigt, dass man es auch nach unserm französischen Gesetze dafür halten darf, und dass dieser Unterschied wesentlich ist. Aber man kann hiergegen sagen, die Consignatare haben keinen Vorschuss gegeben, das ist vom G. Hofe *in facto* angenommen, weil sie die Wechsel nicht acceptirt haben. Wir haben schon erinnert, dass noch andre Auslagen vom Commissionaire theils schon geschehen sind, theils noch geschehen mussten, wir haben behauptet, dass die Geringfügigkeit der Pfandschuld (hier die vorgeschossene Assecuranzpraemie) die Wirkung des Pfandrechts nicht schwächt, und dass man ein Pfand auch für zukünftige Schulden, die noch erst entstehen müssen, obligiren kann; wie auch, wenn das Pfandrecht nicht entstanden ist, weil die Schuld nicht contrahirt, der Besitz doch übertragen ist, endlich dass ein Pfandinhaber wenn ihm die Pfandschuld abbezahlt, sogar wegen früherer ein Retentionsrecht ausüben kann. Letzteres weil es bestritten werden kann, haben wir mit Gründen zu beweisen gesucht. Der G. Hof scheint auch das Erstere nicht anzunehmen, hingegen (ein fünfter Punkt) ertheilt es dem Absender ein Retentionsrecht, so lange mit dem Ausladen nicht angefangen ist: doch weil nur der Etwas zurückhalten kann, der als Besitzer oder *nudus detentor* detinirt, so folgt, dass nach dieser Ansicht der Absender selbst natürlich durch den Schiffer die Detention noch hat. Unjuristisch, oder

---

1) S. Handvesten v. Amsterdam, Th. II, S. 539 »dass ein Kaufmann oder Factor, welcher einige Waaren, ihm von Iemanden über See oder sonst aus dem Auslande zugeschickt, unter sich hat, auf diese Waaren vor allen übrigen ist *praeferrirt*... zur Sicherung eines solchen Factors als speciale Hypothek verbunden und *impignorirt* zu sein und zu bleiben."

als blosse Theorie tadelbar, ist diese Ansicht wohl nicht, aber sie streitet gegen die angenommene Lehren des Handelsrechts, und es ist sehr nöthig dass unser Handel diese *Jurisprudenz* des Hofes vor Augen habe. Uebrigens haben wir hier eine alltägliche Geschichte vor uns: ein Faillissement in Dänemark, einen inländischen Gläubiger der sich auf Kosten des Ausländers zu decken sucht, wozu er bei seinem eigenen Richter keinen Beistand findet; dass wir ein anderes Resultat gewünscht hätten beruht auf einer rein wissenschaftlichen Ueberzeugung, welche trügen kann; nur für diese sind wir aufgetreten, und sowohl die Zeit welche seitdem verstrichen, als der Umstand dass Parteien, Richter and Anwälte uns fremd sind, werden genügen den Verdacht irgend einer andern Absicht auszuschliessen.

VII.

DAS WECHSELRECHT IM VIERZEHNTEN JAHRHUNDERT NACH DEN CONSILIEN DES BALDUS, EIN BEITRAG ZUR GESCHICHTE DER JURISTISCHEN DOGMATIK [1]).

Vorlesung gehalten in der dritten Classe der K. N. Instituts, den 5. März 1840.

Für die juristische Dogmengeschichte giebt es keinen Schriftsteller, weder einen alten noch einen neuen, den man dem Baldus an die Seite setzen könnte. Seine *Consilia*, deren mehr als zweitausend gesammelt sind, betreffen Staats- Lehn- und Kirchen- auch Strafrecht, und alle übrigen Theile des Civilrechts [2]). Dieses reiche Material ist fast noch unbearbeitet, und ich beabsichtige desswegen in dieser Vorlesung den Vortheil darzuthun, welchen man aus ihm gewinnen kann. Unter den letztgenannten Consilien nämlich finden sich zwei für die Geschichte des

1) Amsterdam bei Johannes Müller, 1840.

2) Wie weit das Ansehen derselben verbreitet war sieht man aus den vielen Ausgaben, die vorhanden oder wenigstens genannt sind. S. Beilage I.

Wechselrechts sehr wichtige von denen bis jetzt nur ein unbedeutender Gebrauch gemacht worden ist, obschon sie die ersten Indicien sind, welche nicht nur die Existenz eines solchen Contracts und der eigentlichen Wechselbriefe bestätigen, sondern zugleich die dabei vorkommenden Rechtsregeln und Doctrinen beweisen und uns den Massstab liefern für die Untersuchung: bis zu welchem Grade juristischer Entwickelung dieses grosse Verkehrsmittel, mit welchem in der Geschichte des europäischen Handels nichts verglichen werden kann, in der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts gekommen war.

Diese Untersuchung hat mich zu Resultaten geführt, die ich gern dem Urtheile Sachverständiger unterwerfe, und deren Gewicht, wie ich mir schmeichle, in dieser Vorlesung sich zeigen wird.

Angaben von Wechsel und Wechselbriefen aus dem dreizehnten, sogar aus dem zwölften Jahrhundert hat man schon längst in bedeutender Zahl gesammelt, so dass sie in Lehrbüchern und Monographien eine gewöhnliche Erscheinung bilden, aber man hat sie keineswegs einer gehörigen kritischen Behandlung unterworfen.

Da nun das eine der beiden *Consilia* des Baldus mit denen wir uns hier beschäftigen, in der Reihe dieser *Angaben* die wichtigste Stelle einnimmt, obschon es chronologisch nicht von so grosser Bedeutung ist, wie man gewöhnlich glaubt; — und da ausserdem das Bestehen des Wechselhandels, als blosses Factum in der Geschichte des Wechselrechts die natürliche Grundlage bildet, so erachte ich es für nöthig, die Frage, welche Berichte wir hierüber besitzen und wie viel man diesen zutrauen darf hier zuvor zu behandeln.

Das älteste dieser Art ist dasjenige, was Par-

dessus und Depping aus Weber *über den Ursprung des Wechselcontracts* genommen haben. Im Jahre 1171 soll die Regierung Venedigs des Geldmangels halber, in dem sie sich in Folge des Krieges mit dem griechischen Kaiser befand, verkaufbares Bankpapier ausgegeben haben. In dieser Verkaufbarheit, sagt Weber, lag die Idee der Wechselbriefe, woraus dann Depping eine "espèce de lettres de change" gemacht hat. Dieser Bericht nun, obschon wahrscheinlich ächten Documenten entlehnt, hat keinen Werth, weil die Veräusserbarkeit, selbst durch Indossament, gar kein Merkmal des Wechselhandels ist. Doch diese venetianschen Zettel werden wohl an Inhaber gelautet haben, und Briefe an Vorzeiger finden sich eben so sehr anderswo. Ein solches, noch ungedrucktes Stück, aus einem flämischen Archiv, halte ich der Mühe werth, mit der Stelle aus Weber hier nieder zu legen [1]).

Der zweite Bericht, der Zeitfolge nach, scheint von grösserer Bedeutung. Pardessus *Collection des lois maritimes* Th. II. Einleitung S. C. XII, berichtet von einem ungedruckten Statute der Stad Avignon vom Jahre 1243 (sic), in dem sich ein Paragraph *de literis cambii* finden soll. Ich habe hiernach geforscht und gesehen, dass dieser Paragraph oder Titel auf dem beigefügtem *Index Titulorum* nicht zufinden, wie auch, dass jener erstere von einer spätern Hand angefertigt ist: woraus ich schliesse, was auch der Inhalt zu bestätigen scheint, dass dieser Paragraph jünger als das Statut, und chronologisch in so fern von keinen Werthe ist. Eine Abschrift desselben, mit den Anmerkungen des Abschreibers ist hierbeigefügt [2]).

---

1) S. Beilage II und III.

2) Beilage IV.

Den Beweis von Depping [1]), aus Marini's *Geschichte des Handels von Venedig* genommen, halte ich für nichts genügender, nämlich: einen Beschluss des grossen Raths dieser Republik vom Jahre 1272, welcher dem Kaufmanne verbietet "nach Venedig zu bringen oder einzuführen, anstatt Waaren, gemünztes Gold und Silber oder *Wechselbriefe.*"

Ich muss nämlich erinnern, das nicht nur das Wort Wechsel, (*Cambio*, *Change*,) in dieser Frage nichts beweist, sondern dass auch der einfache Ausdruck *Wechselbrief*, wenn wir die Briefe nicht vor uns haben oder wenn die Art und Wirkung des geschlossenen Handels nicht angegeben wird, noch sehr unsicher und ungenügend ist.

Noch bei weitem weniger Werth kann ich auf die Berichte legen, in denen blos von Geldübermachen gesprochen wird. Zu dieser oder zu der vorigen Classe gehören die übrigen von Pardessus l. l. angeführten Thatsachen. "Im Stadtrechte von Marseille," sagt dieser Schriftsteller, "vom Jahre 1253 findet man deutliche Spuren des Wechselwesens, dasselbe bezeugt eine auf England bezügliche Acte vom Jahre 1256." Die Nichtigkeit diesses letzteren Beweises, lehrt uns, was wir von dem ersteren zu halten haben. Die erwähnte Acte steht bei Rymer, *Foedera*, T. I. T. II. S. 16, und enthält einen Auftrag des Pabstes Alexander IV an den König von England, um gewisse Geldsummen, die er empfangen musste, an gewisse Banquiers zu London, Seiner Heiligkeit Gläubiger, auszuzahlen. Diese weitläufige Epistel enthält, ausser der Handlung selbst, nichts was einem Wechsel gliche, auch sieht man

1) *Histoire du Commerce entre le Levant et l'Europe.* Paris 1830, I. S. 161.

man nicht dass die Banquiers, die man sich hier als Remittenten denken müsste, je Inhaber desselben waren, das Gegentheil ist viel wahrscheinlicher.

Dieses sind die einzigen Beweise für das Bestehen der Wechselbriefe im dreizehnten Jahrhundert, die mir bekannt sind, und welche aus den angeführten Gründen nicht für genügend erachtet werden können.

Sogar ist mir ein Actenstück, welches in so weit mir bewusst, bei dieser Frage noch nicht gebraucht ist, begegnet, das man leicht für einen solchen Beweis anselm könnte, das aber dennoch bei näherer Betrachtung eher das Gegentheil, dass nämlich der Wechselhandel noch fehlte, zu bezeugen scheint. Es ist ein Diploma vom Jahre 1302 und betrifft einen sieben Jahre früher, also 1295, geschlossenen Handel; man findet es in den *Memorias Historicas* von Capmany, Th. II. S. 376. Der Inhalt dieses Stückes 1) ist im Kurzen dieser. Ein gewisser Kaufmann aus Barcelona, der sich zu Dordrecht befand, lieh daselbst an zwei Kaufleute aus Lucca, die in England wohnten und ansässig waren, eine Summe von £ 26, gegen das Versprechen, sie zu London, *vel apud Nitholam* zurückzugeben; wofür er von diesen einen Brief empfing an den gleichfalls in England wohnenden Bruder der beiden Schuldner. Nach dem er sich um die versprochene Zahlung dorten eine lange Zeit vergeblich bei diesen und bei jenen bemüht und inzwischen von dem Angewiesenen einen gewöhnlichen Schuldbrief erhalten hatte, worin dieser mit seiner Person und seinem Vermögen zu haften versprach, wendete sich der Barceloner endlich nach Ablauf von sieben Jahren an seine Regierung, und

1) Beilage V.

erhielt Empfehlungsschreiben an den König von England, um durch dessen Vermittelung zum Genusse seines guten Rechts zu gelangen. Das Resultat ist uns natürlich nicht bekannt.

Hier hat man nun den Fall, dass Geld zu Dordrecht gegeben wird um es in London zurückzugeben, um diese Zurückgabe zu erreichen, erhält der Geldgeber einen Brief auf einen Gesellschafter oder Correspondenten. Also die natürlichen und gewöhnlichen Erfordernisse eines Wechselbriefes sind vorhanden, nämlich von einem Orte auf einen Ort, mit einem Trassanten, Trassaten und Remittenten, sogar ist der Ort auf welchen gezogen ist, verschieden vom Wohnorte des Trassaten, (*Villa St. Botholfi*). Und doch ist das Wort *cambium* nicht gebraucht, der Brief an den Bruder ist eine einfache Anweisung, dieser verbindet sich erst durch eine besondere Obligation; kein Wort findet sich davon dass man etwa versucht habe, im Wege Rechtens Regress zu nehmen. Hätte damals schon zwischen England und Frankreich ein Wechselverkehr bestanden, dann hätte der Barceloner sich gewiss einen Wechsel ausstellen lassen; der Bruder, welcher sich als Schuldner erklärte, würde diesen acceptirt haben, und der Geldleiher würde wenigsten wegen dieser Acceptation zu seinem Rechte haben gelangen können. Von diesem Allen aber geschah nichts, er liess sich sieben Jahre lang aufhalten, und als seine Geduld zu Ende war, hatte er erst noch eine ausserordentliche Empfehlung seiner Regierung nöthig.

Hieraus beschliesse ich, dass am Ende des dreizehnten Jahrhunderts in diesen Ländern die Wechsel noch nicht im Gebrauche waren. Dass die eine Partei Italiäner waren, ist in sofern von Bedeutung, als gerade diese eher als irgend eine andre Nation

mit dem Wechselcontracte bekannt sein mussten. Aber weder diese, noch der Barceloner dachten daran.

Für Letzteres liefert Capmany [1]) noch einen Beweis aus einer andern Urkunde, die ich hier nicht unerwähnt lassen darf. In einer Mäklerordnung vom Jahre 1271 finden sich nämlich Vorschriften über Mäklerlohn wegen zweier Verrichtungen die wieder an Wechsel erinnern, aber näher besehen diese doch nicht betreffen. Die erste sagt "für jedes Gelddarlehn von hundert Pfund, durch Mitwirkung eines Mäklers geschlossen, um Bezahlung zu leisten in Montpellier oder anderswo, XIII (lies XII) Pfenninge vom Käufer und XIII (lies XII) andere vom Darleiher: (1 per 1000)." Die andere: "für jedes *Cambio* von hundert Pfund, durch Mitwirkung eines Mäklers VI Pfennige vom Nehmer und VI vom Geber oder Darleiher: (½ per 1000)."

Die erste dieser Vorschriften betrifft eine Handlung, die gewöhnlich der Gegenstand des Wechselhandels ist, nämlich eine Zahlung an einem andern Orte zu leisten. Hierbei könnte man, wenn an Wechselhandel gedacht wäre, wenn auch nicht das Wort *carta* oder *letra*, so doch wenigstens das Wort *cambio* erwarten; anstatt dessen findet man die Beschreibung einer Geldaufnahme.

Hingegen findet sich wohl in einem folgenden Artikel, in dem (*per argumentum a contrario*) an keine verschiedene Oerter gedacht ist, das Wort *cambio*, diess kann also nur das Wechseln der Münzspecien bedeuten. Vereinigt würden diese beiden Sachen nur Elemente des heutigen Wechselcontracts bilden; aber sie sind nicht einmal vereinigt, sondern kommen als besondre Handlungen vor. So liefern sie uns ein

---

1) *Ib.* Appendice, p. 76.

argumentum a silentio von einigem Gewichte, welches uns zur Annahme berechtigt, dass man zu Barcelona im Jahre 1271 noch kein Wechselrecht kannte.

Angaben, wie die so eben gemeldeten, die das Bestehen eines Wechselhandels zu beweisen scheinen, die aber für keine genügende Beweise zu halten, findet man auch im Anfange des vierzehnten Jahrhunderts. Solche sind:

1⁰. Ein Schreiben von Eduard I von England an die päbstlichen *Nuntii*, (bei Rymer, T. I. P. IV. p. 69) worin vom Uebersenden der Kirchengelder gehandelt wird. "Concedimus vobis," sagt der König "quod totam pecuniam ad Romanam Ecclesiam rationabiliter spectantem, et per vos intra regnum nostrum collectam, *tradendo eam mercatoribus intra regnum, possitis per viam cambii dicto Domino Summo Pontifici destinare.*" Beachtenswerth ist das beigefügte Verbot: "aber ohne Münze, oder Silber in Stäben, aus dem Lande zu führen."

2⁰. Ein Privilegium, vom Herzoge von Brabant, im Jahre 1315, der deutschen Hanse verliehen, in welchem von *cambiis cum literis* [1]) gesprochen wird. Es ist bei Marquardus, *de iure mercaturae et commerciorum singulari. Frcforth*, 1662, S. 289-294, wie auch bei Willebrandt, *Hanseatische Chronica Abth.* III. S. 19.

Wir wissen nämlich nicht, ob diese Briefe in Form, Gebrauch und Wirkung mit unsern Wechselbriefen verglichen werden können. Wenn Geld an einem andern Orte ausbezahlt werden soll, so

---

1) Ob man *cambiis* mit *cum literis* verbunden denken muss, wie V. Martens that (in der folg. Anm. angef. Abhandlung S. 63), ist hier die Frage, es steht viel zwischen diesen Worten und in derselben Urkunde wird von *cambium lanarum* gesprochen. S. Beilage VI.

ist ein Brief an den, dem die Zahlung aufgetragen wird, ein natürliches Mittel; aber ein jeder Brief ist in diesem Falle noch kein Wechsel, wenn auch die Zahlung als Folge eines Geldwechselns geschehen muss. Es ist stets nur der Keim, aus welchem Wechselbriefe und das mit diesen verbundene Recht entstanden sein kann.

Etwas näher zum Bestehen des Wechselhandels bringt uns die Usoliste bei Pegolotti, welche auch v. Martens aus dem Werke *della Decima* hat abdrucken lassen [1]), und die, wie der ungenannte Herausgeber mit vielen Gründen gezeigt hat, vor dem Jahre 1343 [2]) geschrieben sein muss. Nicht dass diese Usoliste an und für sich einen zur Reife gelangten Wechselhandel in der jetzigen Bedeutung, viel weniger noch ein Wechselrecht, beweisen sollte; es ist nur eine Liste der Zahlungstermine, welche, wenn zwischen zwei Orten Geld gewechseld wird, zu befolgen ist, aber eine zweite Abtheilung derselben fügt hinzu, dass dieselben Termine zu beobachten seien bei *Cambiora per lettere*, dem Wechseln durch Briefe; welches doch einen beständigen Gebrauch solcher Briefe anweist, so dass, wenn wir *vierzig Jahre* später (wie wir näher sehen werden) wirkliche Wechselbriefe, in ihrer *jetzigen* Gestalt, beschrieben finden, es wenigstens wahrscheinlich wird, dass auch mit dem *cambiora per*

1) *Ursprung des Wechselrechts.* Gött. 1797, S. 49.

2) v. Martens nimmt 1339 an; das ist aber nicht ausgemacht; die im Texte angegebenen Gründe lassen es unentschieden, was von beiden man annehmen muss.

Es lohnt sich der Mühe, diese Usoliste mit der zu vergleichen, welche bei Giovanni di Antonio da Uzzano vorkommt (im IV. Theile *della Decima* S. 100) letztere nennt sich einfach »*Termini di lettere di cambio da luogo a luogo*," und die angewiesenen Zahlungstermine sind fast alle gewisse Tage nach Sicht, da erstere, ohne weitere Beifügung »Termini di cambiora" zur Aufschrift hat.

lettere ein solcher Handel gemeint ist. Allein für ganz gewiss halte ich das nicht.

Absichtlich sage ich: *vierzig Jahre* später, denn wirklich kenne ich keinen frühern Zeitpunkt ihres Vorhandenseins, und was man bis jetzt, auf v. Martens Autorität hierfür gehalten hat, muss ich der Gründe halber, die ich Ihnen, m. H. zur Beurtheilung vorlege, für unächt erklären. Doch hierzu ist es nöthig, dass wir zu Baldus zurückkehren, dessen *Consilia* als die ältesten Quellen für die innere Geschichte des Wechselrechts zu betrachten sind.

Nämlich fast in allen Lehrbüchern des Wechselrechts, denen eine historische Einleitung voran geschickt ist, paradirt ein Wechsel vom Jahre 1325 als erster und ältester, also viel älter, als wir eben als sicher bewiesen angenommen haben. Dieser Wechsel ist, nach Scaccia von Martens aus des Baldus Consilien, und von vielen aus Martens abgeschrieben. Doch, m. H., diese Jahreszahl (mit welcher allein wir es vorläufig zu thun haben) ist unrichtig und es muss anstatt 1325, gelesen werden 1395. Meine Gründe hiefür sind:

1°. Eine Ausgabe von Venedig vom Jahre 1491 (von der die Universitätsbibliothek zu Utrecht ein Exemplar besitzt) und welche sich als eine vermehrte und verbesserte ankündigt, da die Herausgeber sagen, dass sie sich hierzu *consiliorum exemplaria, aliunde* als die bestehende Ausgabe angeschafft, und dass sie die dortigen besten Rechtsgelehrten befragt hätten; diese Ausgabe hat ganz deutlich MCCCXCV.

2°. Die damals bestehende, so eben genannte Ausgabe, zu Brescia 1490 gedruckt, welche die Venetier verglichen und verbessert haben, liest gleichfalls das Jahr 1395. Die älteste von allen ist diese nicht, doch sieht man, dass in Venedig, wo so viel von

Baldus gedruckt ist, damals keine andre bekannt war. Die *exemplaria aliunde* müssen Handschriften gewesen sein, da es wiederholt heisst "ab elegantissimo originali suo" und "ab originalibus suis nuper edita."

3°. Und das ist ein entscheidender Umstand: nach sehr zuverlässigen Berichten [1]) ist der gelehrte Baldus erst im Jahre 1344 Doctor geworden. Da er nun zwar früher Consultationen gegeben haben [2]), *kann*, aber diess gar nicht oder nur wenig gethan hat — er war doch auch nur erst siebzehn Jahre alt — so müssen wir annehmen; dass die meisten seiner Consilien, wenn nicht alle, später geschrieben sind, also nach 1344. Aber nun ist zu bedenken, dass Wechselstreitigkeiten nicht leicht zwanzig oder dreissig Jahre nach der Bezahlzeit vorzukommen pflegen, sondern meistentheils gleich oder innerhalb weniger Jahre angefangen und beendigt werden, so dass auch aus diesem Grunde die Jahreszahl 1325 unwahrscheinlich wird. Diese Unwahrscheinlichkeit wird durch den Umstand noch vergrössert, dass von allen den Consilien, welche mit einer Jahreszahl versehen und durch die ganze Sammlung zerstreut sind, keines älter ist, als vom Jahre 1362, während es sich zeigt dass die meisten später als in den Jahren 1379, 1381, 1384, 1385, 1388 und 1391 gegeben sind.

4°. v. Martens hat sein Wechselexemplar, wie mir aus guter Quelle mitgetheilt ist, nach der Ausgabe

---

1) S. diese in Savigny, *Gesch. des röm. Rechts in Mittelalt.* VI. S. 186.

2) A. a. O. wird von ihm erzählt, dass er damals damit angefangen. Man könnte sonst auch als Student Advocat sein und erst viele Jahre später promoviren.

zu Lyon von 1559 [1]) abdrucken lassen, welche zu Göttingen (wo er sein Buch geschrieben hat) in der Universitätsbibliothek vorhanden ist, und deren Autorität gegen die zwei genannten natürlich kein Gewicht hat. Doch muss ich bemerken, dass diese lyonsche Ausgabe, was die Jahreszahl betrifft, mit einer alten in der Universitätsbibliothek zu Leiden [2]) befindlicher *sine loco et anno* übereinstimmt, die sich als "diligentissime ex manuscripto exemplari ipsius auctoris recognitum" rühmt. Doch auch diese halte ich für jünger, weil die Seiten paginirt sind, weil sie Zusätze enthält, die in den frühern Ausgaben noch nicht vorhanden [3]), endlich weil auch eine Tabula darin gefunden wird "impressioni Lugdunensi [4]) accommodata."

Es ist also wohl so gut als sicher, dass der für den ältesten angenommene Wechselbrief, nicht von 1325, sondern von 1395 ist. Ich muss hinzufügen, dass er nicht einmahl der älteste ist. Nämlich in einem *Consilium* des Baldus kommt gleichfalls ein italienischer Wechsel vor, und dieser ist von 1381, also noch vierzehn Jahre älter, welcher also von den bis jetzt bekannten, für den ältesten gehalten werden muss. Es ist nun meine Absicht, über diesen und den vorigen Wechselfall zu handeln; nicht nur

---

1) Die verschiedenen Texte sind in Beilage VII abgedruckt.

2) S. Beilage VIII.

3) »Cum pluribus principalibus quaestionibus, summariis et repertorio, in aliis deficientibus." Das *recognitum ex manuscripto ipsius auctoris* ist nach einem Berichte vor der ersten *Pars* von einer nach zu Perugia gemachten Abschriften, italienischen *editio princeps*, welche man später zu Lion nachgedruckt hat, zu verstehen. Das *plus oultre* auf der Titel Vignette (statt *piu oltre*, oder *plus ultra*) weist auf Frankreich hin.

4) Nicht gerade die v. 1559; es besteht eine frühere Lugdunensis von 1548. S. Beilage VII am Ende.

über beide Formulare, obschon auch diese nicht blos eine historische Curiosität sind, sondern vorzüglich über das Juristische, welches hierbei in den Gutachten von Baldus vorkommt, um hieraus den Zustand des Wechselrechts in seiner Zeit darzustellen.

Das ältere Wechselformular hat (nach der Ausgabe Venedig 1491) folgenden Inhalt.

> Al nome di Dio Amen. a di primo de Febr. MCCCCLXXXI [1]) pagate per questa prima lettera ad usanza ad [2]) voi medesimo libre XLIII de grossi sono per cambio de ducati CCCCXL che queste chi hone recevuto da Seio ei compagni altramente le pagate.

Dieser Wechsel scheint mit dem was aus der Casusposition angeführt, und was im Formulare wegen der Veränderung der Namen (Sempronius, Seius) weggelassen sein kann, nicht unvollständig zu sein, und er stimmt fast mit unsern jetzigen Wechselformularen überein.

Der Wechsel ist zu Bologna negociirt, auf uso zahlbar zu Venedig, sogar mit der Beifügung, dass er eine Prima ist und mit sehr vollständiger Angabe das Werthes. Die Unterschrift, der Ort woher, und die Adresse werden wohl nicht gefehlt haben. Und doch ist er wirklich mangelhaft. Nämlich die Worte *ad voi medesimo* müssen uns hier nicht verleiten einen Wechsel *an den Trassaten zahlbar* oder gar mit v. Martens ein *cambio con la ricorsa* anzu-

---

1) 1481 für 1381 ist nothwendig ein Druckfehler, da Baldus im Jahre 1400 gestorben ist; er findet sich aber auch in der von Brixen, aber nicht in der von Mailand 1516, und nicht in der von Lion 1548; s. Beilage VII, sogar nicht in der zu Leiden, s. Beilage VIII.

2) So auch B. M. L.; die zu Leiden hat *de* und die zu Lion von 1589, *di*.

nehmen [1]). Dieses würde wirklich im Gange des damaligen Wechselhandels ein Riesenschritt sein! Nein, diese Annahme wird durch den ganzen Hergang der Sache und durch die Worte des Baldus zu sehr widerlegt; da er sagt, oder lieber das Libell des Klägers sagen lässt: "in quas (libras) dictus Sempronius convenit legitime cum dicto Seio et soc. *solvere ipsi Seio et sociis: aut satisfacere, in Venetiis per Titium mercatorem habitatorem Venetiarum:* ut maxime constat ex quadam scriptura seu litera cambii, scripta manu Sempronii de mense Februarii dicti anni et tradita eidem Seio per dictum Sempronium *destinanda dicto Titio ad dictam civitatem Venetiarum.*" Die Zahlung musste an Sejus und Comp. geschehen, also nicht an eigene Ordre, auch nicht an Vorzeiger: und so sind wir wohl gezwungen, mit spätern Herausgebern zu lesen oder zu emendiren: DA *voi medesimo*, bei Ihnen selbst, d. h. in ihrem Comptoire an der Rialto, oder mit *usanza* verbunden, nach dem Gebrauche an ihrem Wohnorte. Wenn dem so ist, müssen wir bekennen, dass die Angabe des Remittenten oder des ersten Inhabers fehlt, welches unsern jetzigen Ansichten nach ein Hauptfehler ist, während andererseits der eigentliche Nehmer (litera cambii ... traditae idem Seio) nur als Werthgeber genannt wird. Diess ist auch was das Recht betrifft, als eine Unvollständigkeit zu betrachten, denn wir finden nicht, dass Baldus diesen Umstand beachtet, sondern wie wir gleich sehen werden lässt er sich von ganz andern Gründen bestimmen.

Das ist der erste Mangel. Ein zweiter liegt in den fehlenden Worten *oder Ordre*, so dass das In-

---

1) Was merkwürdig ist, da M. wahrscheinlich die Lesart AD *voi medesimo* nicht kannte, er giebt nur *de v. m.*

dossiren, von dem sich ausserdem keine Spur findet dem Anscheine nach noch nicht gebräuchlich wäre, und die Inhaber Seius und Comp. den Wechsel nur nach gemeinem Rechte übertragen konnten, oder zu Venedig durch einen Correspondenten, ohne Uebertragung anbieten lassen mussten, in welchem Falle die Zahlung an diesen Praesentanten nicht ohne Gefahr geleistet, und mithin streng genommen, von diesem nicht gefordert werden konnte; um nicht davon zu reden, wie bedenklich es ist (wenn man die Worte "destinanda dicto Seio" buchstäblich nimmt) den Brief unmittelbar an den Trassaten zu schicken [1]).

Dieses mag genug sein in Bezug auf die Form des Wechsels; sehen wir nun was mit ihm geschah. Seius praesentirt oder lässt den Wechsel anbieten bei dem Trassaten und wohl N. B., erst zur Acceptation und dann zur Zahlung: "quam scripturam Titius noluit acceptare nec solvere;" so dass hiernach das Acceptiren schon gebräuchlich war [2]). Hingegen finden wir weder eine Erwähnung des Protests, noch irgend einer Vorsorge, den Beweis, dass der Brief gehörig angeboten und die Zahlung geweigert, sicher zu stellen; auch nicht, dass diess irgend eine Schwierigkeit gegen den Werthgeber veranlasste. Nur finden wir, dass der Trassat einen Grund angab: "no-

---

1) Ob der Trassat befreit ist, wenn er den Wechsel ohne Quittung besitzt, darüber ist in unserer Zeit noch ein Prozess geführt worden. S. Bart, *Dissertationen* II. 1. S. 106, Augsb. 1830.

2) Es geschah aber noch auf den Rücken und nicht auf die innere Seite, wenigstens in Barcelona, zufolge einer Publication der Regierung dieser Stadt von 1394, bei Capmany II, S. 282. auch bei Martens abgedruckt, Anhang S. 108. Auf dieselbe Weise musste die Weigerung beschrieben werden, was die Stelle eines Protests vertreten konnte. Auch die Lehre, dass es für Acceptation gilt, wenn der Trassat den Wechsel vier und zwanzig Stunden zurückhält, wird hier schon gefunden.

luit acceptare nec solvere aliquid *cum* 1) praetextu." Da die Zahlung geweigert ist, nimmt der Inhaber Seius Regress gegen den Transsanten Sempronius, und wohl als Schuldner des Werthes D. 430, (sic) welche Sempronius für den Wechsel und für gewechselte 44 grobe Venedigsche Pfunde empfangen zu haben erklärt hat; und weiter sagt Seius, dass ihm von der Summe D. 430 die Hälft zukäme, sowohl wegen des Wechsels als wegen des Gesellschaftsvertrages, ferner concludirte er zur Anerkennung der Schrift und zur paraten Execution gemäss den dortigen Statuten und vorzüglich gemäss der Rubrik: *von Schriften der Kaufleute und Wechsler.* Diese Forderung ward aber nicht zugewiesen, im Gegentheil folgte eine nähere Untersuchung, welche für unsern Seius nicht günstig ausfiel. Erstens bekannte er *in iudicio*, persönlich keine Gelder ausbezahlt zu haben, er behauptete dieses sei durch die Gesellschafter für Rechnung und im Namen der Gesellschaft geschehen. Andererseits erklärten die Gesellschafter, die übrigens sehr recusabel waren, dass gar kein Geld ausbezahlt worden. Mit dieser Instruction kam die Sache, des Gutachtens wegen, an Baldus und dieses Gutachten bildet für uns hier die Hauptsache. Ohne Umschweife sagt es, Sempronius müsse von der Klage freigesprochen werden und zwar aus folgenden Grunden: Erstens habe Seius, da er sagt; "habitorum et receptorum in Bononia a dicto Seio et so.," sein Libell so formulirt, dass er als Kläger für die Hälfte aufgetreten sei, während er als *socius* nur für ein Drittel Antheil habe, da es drei *socii* wären und bei einer *societas in dubio* gleiche Theile angenommen würden, was mit vielen

1) So Venet. 1491, die Ausgabe zu Leyden: *eius pretextu.*

Stellen aus den Pandecten, und sogar aus der heiligen Schrift, bewiesen wird. Also eine *plus petitio*. Zweitens gäben die angeführten Worte: "habitarum et receptorum a Seio" zu erkennen, dass Seius persönlich und wirklich ausgezahlt habe, was aber nicht bewiesen sei. Man sage aber hiergegen nicht, dass die Worte *a Seio* von der Gesellschaft verstanden werden müssten, weil dem Handelsgebrauche zufolge der eine Compagnon oft den Namen des andern schreibe, denn beim Abfassen einer Klage würden solche Missbräuche nicht gestattet. Es sei also wirklich als ein Factum ponirt, und zwar sei es ein Factum, für welches keine Beweise geliefert wären: denn der Brief beweise (nach der bekannten L. 5 C. *de non num. pec.* 4, 30) nicht, dass Geld hingezalt worden; er enthalte nur eine Erklärung oder ein Bekenntnis, was mit einem Gegenbekenntnisse bestritten werden könne. Ausserdem lehre das *Speculum*, dass, wenn man aus einem *mutuum naturale* klage und zum Beweise ein *mutuum civile* anführe (eine Handschrift, in welcher eine Zahlung angenommen wird) dass die *intentio* nicht auf das Bekenntniss gegründet sein dürfe. Drittens seien die Worte im Libell zu beachten: "welche genannter Sempronius mit genannt. Seius und Comp. gesetzlich übereingekommen ist, denselb. Seius und Comp. zu zahlen," welche Worte eine Stipulation enthalten, und wenn zugleich *numeratio* und *stipulatio* oder *confessio* stattgehabt habe, entstehe die Klage nicht aus der *numeratio* oder der *confessio*, sondern aus der *stipulatio;* wofür recht passend die L. 6 § 1 und L. 7 D. de novatt. (46. 2.) angeführt werden. Also müsse hier eine Stipulation bewiesen werden, welche aber nicht stattgefunden habe, im Gegentheil sieht man, dass Seius nicht gegenwärtig gewesen und also nicht

habe stipuliren können. Ein vierter Grund ist, dass der fragliche Contract kein *contractus mutui*, sondern ein *contractus cambii* sei, bei welchem Contracte im Falle der Nichtleistung die Zurückforderung geltend gemacht werde mit der *condictio ob causam*, welche nicht aus der Schrift, sondern aus dem *quasicontract* (sic) entstehe.

Die Schrift begründe dann keine Execution, weil man nämlich nicht aus ihr, sondern aus einem andern, neuen Rechtsgrunde die Klage anstelle. Die Execution der schriftlichen Urkunde finde dann Statt, wenn darauf dass dieser Schrift Genüge geleistet werde geklagt wird, d. h. aus der *causa*, welche zur Zeit, als der Contract geschlossen wird, vorhanden gewesen; aber die *condictio ob causam* sei zur Zeit des Contractabschlusses nicht vorhanden; sie sei etwas (extrinsecus) Hinzutredendes, woran Parteien nicht gedacht haben, und was die Schrift nicht erwähne. Execution finde deshalb nicht Statt, sondern der gewöhnliche Prozessgang *ex sola legis providentia*, nicht *ex contractu*.

Zuletzt sagt das Libell, dass Seius den einen Theil des Geldes, und die Compagnons den andern gegeben hätten; da nun Seius gar kein Geld gegeben habe, so müsse er als ein Kläger, der etwas anderes in seiner Klage, als in seiner Antwort sage, und so sich widerspreche abgewiesen werden. Und was die Zeugen betreffe, obschon die an und für sich nicht einen vollkommenen Beweis machen, so beweisen sie doch in Verbindung mit der Aussage des Klägers; sie beweisen, dass die Schrift, der Wechsel, was den Kläger betreffe, simulirt sei, und simulirte Sachen haben, obschon sie vorhanden zu sein scheinen, weder Wirklichkeit noch Existenz.

Ego Baldus.

Hiermit schliesst **Baldus** sein Gutachten. Wenn nicht Alles trügt, beweist dieses sein Gutachten und der Hergang der Sache, dass das, was wir unter Wechselrecht gewöhnlich verstehen, in jener Zeit gar nicht vorhanden war. Zugleich scheint es mir eine Spur zu enthalten, wohin wir unsere Untersuchung nach dem Ursprunge des Wechselrechts zu richten haben. Ich habe schon erinnert, dass hier Jemand als Inhaber vorkommt und mit der Regressklage auftritt, der in dem Wechsel weder als Remittent, noch als Indossat, sondern nur als Werthgeber, genannt ist. Aber hieran stört sich Niemand. Ein zweiter Umstand ist der, dass hier mit der *condictio ob causam*, oder *causa data causa non secuta*, geklagt wird, einer Actio aus dem gemeinen Rechte, in welcher die beabsichtigte *permutatio* den Rechtsgrund bildet (die von **Baldus** ein Quasicontract genannt wird); eine eigentliche Wechselklage, gegründet auf die im Wechselbriefe versprochene Zahlung, oder auf den Wechsel als *literarum obligatio* wird nicht angestellt. Der Brief ist nur ein gewöhnliches *chirographum* und ein Beweis der *permutatio.* Auch wird der Executivprozess nur als eine gewöhnliche Eigenschaft oder Vorrecht jeglicher Schrift der Kaufleute und Wechsler, eigenen Statuten zufolge, beansprucht. Die Folge war, dass dieser kurze Prozess, obschon ein unbestrittener Wechselbrief vorgelegt ward, verweigert, und hingegen Verhör des Klägers und der Zeugen, also Weitläufigkeiten zugelassen wurden.

Der Executivprozess ist also zwar eine Eigenschaft oder vielmehr eine Wirkung des Wechselbriefs, aber sie gehört ihm nicht eigenthümlich; es ist eine Wirkung des Wechsels, in sofern er zu der Classe der Schriften (soll wohl bedeuten: der schriftlichen Verbindlichkeiten) der Kaufleute und Wechsler gehört;

was die Statuten der italienischen Handelsstädte, in diesem Falle die Statuten von Bologna, so mit sich brachten. Diese Thatsache ist nicht ohne historisches Interesse. Martens [1]), der die Statuten von Bologna von 1454, was das hier Behandelte betrifft, abdrucken liess, war zu seinem Bedauern darüber ganz im Ungewissen, in wie weit dieses sich schon in den frühern, namentlich in dem von 1389 fände. Aus Baldus hätte er sehen können, dass wenigstens diese Vorschrift schon vor 1389 bestand, da unser *Consilium* Statuten voraussetzt, die auf eine im Jahre 1381 vollzogene Handlung anwendbar sind. Nun hat zwar Martens [2]) aus einer französischen Ordonnanz von 1303, und aus Pegolotti ältere Beweise angeführt, doch diese sind augenscheinlich weniger vollständig. Zugleich finden wir besonders erwähnt, dass die Statuten gegen Klagen aus Handelsschriften keine Einreden zuliessen, was bekanntlich eine vorzügliche Eigenschaft des Executivprozesses ist, und was das erstgenannte ungedruckte Statut von Avignon auch bezeugt [3]).

Woraus nun diese Eigenthümlichkeit der Handelsschriften entstanden, ist nicht schwer zu erklären. Die Verordnungen bei Martens geben uns hierüber sehr deutliche Nachweise. Nämlich: anfänglich wurden solche Contracte von einer Behörde, einem Consul oder Handelsrichter bestätigt und erlangten hierdurch die Eigenschaft gerichtlicher Acten; die eben aus Pegolotti [4]) angeführte, Cyprus betreffende, Stelle und ein Diplom bei dal Borgo [5])

---

1) l. c. p. 56. 2) Ibid. S. 59.

3) S. auch bei Martens, das Statut von Piacenza, 1391. *Anhang* S. 18.

4) S. Beilag IX.

5) Flaminio dal Borgo *Raccolta di scelti diplomi Pisani*, Pisa

beweisen diess genügend. Aber bei den Campsores, die als geschworne, verbürgte und von der Regierung zugelassene Leute [1]) den Charakter von *publicae personae* zu haben schienen, ward diess nicht gefordert, und ihre Schriften, und sogar ihre Handelsbücher werden, so wohl was die Beweiskraft, als auch was die parate Execution und den kurzen Prozess betrifft, den *publica instrumenta* gleich gestellt, und dieses wurde wieder auf den Handelsstand im Allgemeinen übertragen, wie wir es hier nicht undeutlich ausgedrückt finden, in den Worten: "dictam scripturam executioni mandari ... petens procedi secundum formam statutorum, et maxime statuti positi sub rubrica de scripturis mercatorum et campsorum..." [2]); aber vorzüglich deutlich ist es in der Reformation dieser Statuten bei Martens [3]) welche wohl für eine Ausdehnung zu halten ist, aber keineswegs neue Principien in dieser Hinsicht einführte. Natürlich betrachten wir dieses als den geschichtlichen Hergang der Sache, nicht aber als gleichzeitig entstanden. Hiervon ist also nun das Resultat: Wenn man mit den deutschen Rechtsgelehrten den Hauptcharakter des Wechselcontracts in dem Executivprozess und in der paraten Execution findet, dann ist

---

1765. 4°. S. 220. (bei Martens S. 60) Das hier erwähnte Diplom ist ein Tractat zwischen Venedig und Pisa von 1273 (nicht 1278). Diese Diplome sind ein Anhang oder dritter Theil der Abhandlungen über Pisa's Untergang.

1) S. die Beweise bei Martens, S. 22 und *Anhang* S. 18. Vergl. Moratozi, *Antiq. Ital. med. aevi*, I. p. 893.

2) Im folgenden Gutachten wird dieses noch bestimmter gesagt: quia scriptura mercatorum et campsorum habetur pro sententia et, ut ita dixerim, sua fide transit in rem iudicatam . . . licet modernis temporibus aliqui campsores committant enormia, sed massa eorum (der Stand) est summum bonum et quintum elementum.

3) *Anhang* S. 57, § 4. *Et in ipsa* etc.

dieses Merkmal historisch und den gangbaren Vorstellungen der rechtsgelehrten Welt des vierzehnten Jahrhunderts (für deren Repräsentanten man unsern Baldus halten darf) zufolge, nicht abzuleiten aus der Art der Handlung, dass nämlich Geld *gewechselt*, also eine *permutatio pecuniae* geschehen sei (wobei die Vorstellung einer unbedingten und unvermeidlichen Zurückgabe sehr natürlich ist); diese Handlung bringt nur eine gewöhnliche *condictio ob causam* hervor. Eben so wenig hat man nöthig, zur Erklärung desselben, mit Martens die Messen oder Jahrmärkte zur Hülfe zu nehmen, da seine Beweise für diese Hypothese sämmtlich aus der französischen Handelsgeschichte genommen sind, während der Wechselcontract, auch seiner Ansicht nach, vielmehr in Italien entstanden ist. Der summarsiche und strenge Prozess, von dem hier gesprochen wird, ist keine Eigenschaft des Wechsel*contracts*, sondern des Wechsel*briefs*, und fragt man nach dessen juristischer Natur, so ist bei Baldus die Antwort: *literarum obligatio;* eine Lehre, die zwar jetzt fast verdrängt, die aber Titius, Böhmer und Heineccius annahmen, und die sich noch immer in Gesetzbüchern und Verordnungen, zuweilen wider die Absicht ihrer Verfasser, geltend macht. Es scheint dass der Wechsel diesen Charakter, der bei den andern Handelsschriften verloren gegangen, behalten hat. Der historische Grund dieses Aufhörens liegt vielleicht in dem Abnehmen und dem endlichen Verschwinden der Eigenthümlichkeiten des Campsoren- und Handelsstandes, wie auch in der geringeren Abgeschlossenheit dieser Stände: gewiss ist es, dass das grössere Interesse der Wechsel für den Geschäftsverkehr, und da ihre Sicherheit mit jenem juristischen Charakter verbunden war, für einen hinlänglichen Grund des Gegentheils gelten konnte.

Ehe wir von diesem *Consilium* des Baldus Abschied nehmen, muss ich noch zum Schlusse auf eine Angabe aufmerksam machen, welche für die Geschichte der Handelsgesellschaften von Bedeutung ist. "Ex consuetudine mercatorum, — sagt Baldus — unus socius scribit nomen alterius." In der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts war also schon der Gebrauch vorhanden, mit der Firma zu unserzeichnen und im Namen der Gesellschaft zu handeln [1]). In unserm Wechselformular wird gesagt, dass der Werth empfangen ist von Seius u. Comp.; Seius tritt allein als Kläger auf, und hatte auch wohl die Absicht, das Ganze für die Gesellschaft einzufordern: denn dass Baldus von ihm das Gegentheil annimmt, ist nur eine Chicane, zu welcher der ungenaue Ausdruck in der schlecht formulirten Klage Veranlassung gab. Dass Baldus übrigens die Handelsgewohnheit nicht gelten lassen will, kann man auf zwei Weisen verstehen, entweder so dass hierin die factische Gewohnheit, wie stets bei dem organischen Entstehen des Rechts, dem langsamen Gange des letzteren vorausgeeilt war, oder so, dass Baldus nur auf die genaue Beschreibung der materiellen Handlung achtete, nämlich auf das Hinzahlen des Geldes, in sofern man (physisch) nicht sagen darf, die Gesellschaft habe solches gethan, da diese als eine juristische Person, nicht hinzahlen kann, die Klagschrift hatte sich also in den Worten "habitorum et receptorum a dicto Seio et sociis" schlecht ausgedrückt. Es möge nun so sein, sagt das Gutachten, dass der eine Kaufmann den Namen des andern schreibe, beim Erheben einer Klage aber darf die begangene Handlung nicht ver-

---

1) Das Gegentheil behauptet Fremery, *Etudes du droit Commercial*, *Paris* 1833. S. 40 (1).

kehrt beschrieben werden: "in libellando et agendo non procedit ista abusio, quia a verbis libelli non est recedendum." Nimmt man diese letzte Erklärung an, dann ist das Wesen einer Handelsfirma hier auch juristisch vorhanden; mir sind keine früheren Angaben bekannt, obschon die blossen Vermeldungen des einen Namen, mit der Beifügung *et socii*, schon in Urkunden des dreizehnten Jahrhunderts vorkommen [1]).

Das andre *Consilium*, von dem wir jetzt handeln wollen (in der Ausgabe von Venedig, Pars III, Cons. 300, von Brescia, Pars III. 298, in der spätern Lib. [sive volumen] I. Cons. 349, auch wohl 348), bietet dem Erklärer viele Schwierigkeiten; denn Baldus, ganz dem Geiste seiner Zeit gemäss, verfällt hier in Scholastik und Disputation, wobei dann, wie man leicht denken kann, auch ziemlich viel Sophisterei unterläuft. Es ist ein beständiges Abwechseln der Für- und Gegengründe, die man nicht scheiden kann, sie durchkreuzen sich wie ein Netz, und gehen allmählich in einen förmlichen Dialog über, bei dem man nur aus dem Inhalte des Raisonnements schliessen kann, was dem Kläger und was dem Beklagten in den Mund gelegt wird. Anstatt sich in diesem Falle für eine bestimmte Ansicht zu erklären, wo das Urtheil rein rechtswissenschaftlich sein kann, schliesst er doch mit den Worten: Or modo visis rationibus pro et contra, causam decidat ille qui habet decidere," und dann heisst es wieder "volve et revolve dicta in cerebro tuo." Doch bei alledem, da uns weniger am Endurtheile und der Gründlichkeit

1) S. Rymer, *Foedera* a. a. O. zum Jahre 1258, wie auch Muratori l. c. pag. 899, vom Jahre 1233. Vergl. auch das Statut von Avignon, *verb.* "sive ipse debitor illam scripserit . . . vel aliter qui administraret societatem . . ;" in Beilage IV. abgedruckt (s. oben S. 171).

der angeführten Motive, als an der Existenz der darin enthaltenen Ansicht gelegen ist, darf dieser Umstand unsere Theilnahme nicht vermindern. So lasst uns dann sehen, was noch in dieser Fundgrube für die Geschichte des Wechselrechts zu entdecken ist.

Der Text des Wechselbriefes lautet in der Ausgabe von Venedig, welchen ich für den besseren halte: (nachdem die Erzählung eingeleitet ist mit den Worten: "facta fuerunt per Bonromeum et de Bonromeis littere tenoris infra scripti u. s. w.)" Pagati per questa prima littera a di IX de Octobre a luca de Goro libr. XLV sono per la valuta qui da Mafio rena al tempo li pagati e poniti a mio conto re. che Christo ve guarde Bonromeo de bonromei salut. de Milano a di IX de Maio MCCCXCV (a tergo) Alexandro die bonromei e dominico de Andrea invicè [1]):

In diesem Briefe finden wir wenigstens einen Remittenten, oder Inhaber der die Bezahlung erhalten soll angewiesen, auch die Unterschrift und Adresse sind wörtlich beigefügt, mit dem Kunstworte *valuta;* hingegen steht das Datum nicht oben, sondern unten, und zwar hinter der Unterschrift. Ferner fehlt hier der Ort, auf welchen gezogen ist, wenn dessen Namen nicht verborgen liegt in der verdorbenen Leseart *in veneri invenerim*, wofür unsere venedigsche Ausgabe *invicè* liest; Ersteres kann wohl eine Abkürzung für *in Venezia* sein, und Letzteres eine nicht gelungene Emendation.

Von *an Ordre* wird hier auch nicht gesprochen, und was bemerkenswerth ist, das Wort *cambio*, auf

1) Hierauf folgt: *licet primo de libr'* XLV *dicat*, haec scriptura tamen plures habet partes; die andren Ausgaben lesen *prima de libr'* XLV, als zur Aufschrift gehörig.

welches das deutsche Wechselrecht so hohen Werth legt, kommt hier nicht vor [1]).

Für die Geschichte ist vielleicht noch wissenswerth, dass der Aussteller und Bezogene Borromei waren; vielleicht verdankte auch dieses durchlauchtige Haus, gerade so wie die Medicei, seinen Glanz dem Geldhandel [2]).

Der Hergang der Sache war, wenn man alle die Angaben erwägt und unsern Baldus keine Unwahrscheinlichkeiten sagen lässt, wie folgt. Genannter Wechsel ward nicht nur acceptirt, sondern sogar die Bezahlung angeboten, obschon die Trassaten faillirt waren; diess wird so oft wiederholt und es wird so viel hieraus argumentirt, dass wir es wohl glauben müssen. Wir müssen uns also ein Faillissement vorstellen, welches *facto* bestand, aber nicht zu der gerichtlichen Reife gekommen, dass die Failliten nicht mehr in ihren Sachen und in der freien Verwaltung ihres Vermögens geblieben wären; mit andern Worten, sie konnten noch bezahlen. Was gab nun zum Prozesse Veranlassung? Der Umstand des Faillissements. Gegen den Trassanten wird Klage erhoben und ein *libellus* eingereicht, weil, wenn

1) Das Statut von Avignon sagt: »sub quacumque verborum conceptione, dummodo littera in se cambii substantiam contineat."

2) Ueber die Genealogie der Borromeër giebt Auskunft das grosse Werk des Herzogs Litta: *Famiglie celebri Italiane.* Milano 1837, *dalla Topografia* Ferrario. *Fascicolo* 39. Anno 1394 bekam ein Borromeo, der sich schon in Finanzgeschäften ausgezeichnet hatte, das Bürgerrecht in Mailand, errichtete daselbst ein Bankcomptoir, und gelang zu grossen Reichthümern. Im Jahre 1399 soll er dem Herzoge von Montferrat zwölftausend Goldgulden geliehen haben. Nachher brauchten ihn die Visconti in ihren Geldgeschäften, und belehnten ihn mit ansehnlichen Gütern. Er starb in Venedig 1422. Dieser passt nun durchaus zu der Annahme der Iahreszahl 1395 in dem Wechselformular (Beilage VII); ein ähnliches lässt sich für das Jahr 1325 nicht nachweisen. [Nachtrag des Herrn Verfassers.]

auch die Zahlung erfolgte, diese doch für keine bleibende zu erachten war, da zie von den übrigen Gläubigern (mit der Pauliana?) evincirt werden konnte. Doch wir müssen bemerken, von wem der Trassant angesprochen und was gefordert wird: nicht von Lucas de Goro, auf den der Brief lautete: sondern van Mafio Rena, der den Werth gegeben. Hier will wieder, wie in dem vorigen Falle, der den Wechsel zwar gekauft, aber nicht auf seinen Namen hat ausstellen lassen, als Kläger auftreten. Was wird hier vom Trassanten gefordert? Nicht der Betrag des Wechsels, wegen der Zahlungsweigerung, sondern die Lieferung eines andern Wechselbriefs da der vorige durch das Faillissement werthlos geworden. Letzteres befremdet vielleicht beim ersten Anblicke, übrigens weicht es von den heutigen Ansichten und Gebräuchen nicht ab insofern der Inhaber bei uns in einem solchen Falle Bürgschaft fordern kann, und dann anstatt einer eigentlichen Bürgschaft sehr oft dem Regressnehmer gute Wechsel gegeben werden [1]). Natürlich reden wir unter der Voraussetzung, dass dieser als Remittent oder Inhaber in dem Wechselbriefe genannt ist, was hier der Fall nicht war. Aber wie entscheidet nun Baldus diesen *casus?* Nicht ganz übereinstimmend mit dem vorigen Gutachten sagt er im Anfange, dass zwischen Mafio Rena und dem Trassanten Borromeo wegen des gezahlten Geldes kein Contract vorhanden sei: "oportet videre primo an numeratio facta Bonromeo per Mafiolum Renam inducat aliquem contractum inter Mafiolum et Bonromeum, et videtur quod non."

---

1) *Code de Co.* Artt. 163, 445, vgl. auch Art. 120. (Niederl. Hgesetzb. Art. 177) und Phoonsen *Wisselstyl tot Amsterdam* XIII. 10.

Den Grund — den er anführt — ist zuvörderst, dass dem Vertrage zufolge Bonromeus sich nur verpflichtet habe, einen Vollmachtsbrief zu liefern d. h. mit der Folge der Acceptation und Bezahlung an Lucas de Goro; da diess nun geschehen, war Bonromeus weiter dem Mafiolus nicht obligirt, weil dieses Geschäft mit seinem ganzen Inhalte auf genannten Lucas gerichtet war.

Hier war nun Baldus auf dem rechten Wege, ob er diesen zu behaupten wusste, wird sich später zeigen.

"Und das kann sehr gut geschehen — fügt er hinzu — denn bei dem *mutuum* und *depositum* kommt man oft dahin überein, dass einem Dritten die Bezahlung geleistet werden solle."

"Man soll auch nicht meinen, dass hier, wie in einem *contractus innominatus*, *poenitentia* zulässig wäre, denn es ist ein *contractus nominatus*" Warum er letzteres sei, wird von Baldus hier nicht gesagt, doch hernach werden wir sehen, dass das fragliche Geschäft für einen contractus *pecuniae emptae et venditae* erklärt wird, und die hier angeführte *prima de rerum permutatione*, wenn die L. 1 C. (IV. 64) gemeint ist, giebt dieses einigermassen zu verstehen. Wir wissen, wie gangbar diese Lehre bei uns, vorzüglich seit van der Keessel, geworden ist; hier finden wir für dieselbe ein altes Zeugniss.

"Eben so wenig kann man sagen, der Contract sei ein *depositum* und deshalb eine *poenitentia* zu zulassen. Nein, es ist ein *cambium* in welchem beide Parteien ein Hauptinteresse haben, welches die eine der andern nicht verkürzen darf. Sonst könnte man sie auch unter dem Vorwande dieser *poenitentia* des im Wechselagio gelegenen Vortheils berauben. Auch kann man nicht sagen, dass Bonromeus sich mit dem

Schaden eines Andern bereichern würde, denn der den Auftrag angenommen, hat das Geld für die Zahlung bereit, und erbietet sich, die Zahlung zu leisten, wird also für einen Bezahler gehalten. Ausserdem wird durch die Dazwischenkunft eines andren Schuldners eine *novatio* bewirkt. Die Trassaten haben acceptirt, und Mafiolus hat sie als Schuldner angenommen: die Forderung gegen den Trassanten Bonromeus ist mithin als aufgehoben zu betrachten, und keine Regressklage möglich."

Wäre letzteres anzunehmen, so wäre es um allen Wechselhandel geschehen. Doch auch das übrige, in soweit darin enthalten ist, dass der Beweis einer vorhandnen Provision den Trassanten in jedem Falle befreie, sogar dann wenn der Inhaber nicht nachlässig war, ist ein bedeutender Mangel. Selbst im Falle der Nachlässigkeit gehört es bekanntlich in Frankreich zu den allerneuesten Controversen, ob eine durch Faillissement untergegangene Provision dem Aussteller nütze.

Doch Baldus, der, wie man sieht, von unsern Wechselrechts Principien noch so weit entfernt war, lässt überdiess wider das Angeführte allerlei Gegengründe auftreten.

"Considera — sagt er — es könnte dennoch geschehen, dass der den Werth empfangen, *sine causa* im Besitze des Geldes bliebe. Das verbietet die *göttliche aequitas* der L. 32. *Si me et Titium* [1]) welche die Kaufleute als einen Spiegel beständig vor Augen haben sollen. Desshalb muss also das Empfangene zurückgegeben werden. Sagt man, es habe Novation stattgefunden, so ist die Antwort: dann darf die *causa finalis* nicht fehlen, Z. B. wenn in

---

1) De rebus creditis (12. 1). Die bekannte *condictio Juventiana.*

unserm Falle entweder die Acceptation, oder nach der Acceptation die Zahlung geweigert wird; denn wird die Zahlung geweigert, obschon die Acceptation stattgefunden, so kann man doch nicht sagen, dass eine Provision vorhanden sei "pecunia non est parata solutioni" so dass in diesem Falle keine Novation eintritt. Ausserdem muss man bedenken, dass einem *Campsor* so wohl gegeben wird *um* zu zahlen, als *in* Zahlung. Im ersten Falle bleibt die Klage bestehen, nämlich wenn man innerhalb der Gränzen des Versprechens geblieben und mit dem hinzutretenden schriftlichen Contracte keine Uebertragung und Veränderung beabsichtigt ist. Die Versprechen der Campsoren sind zwar den Urtheilen gleichstehend, allein sie bewirken keine Zahlung, und Schuld und Klage bleiben bestehen. Wenn aber der Campsor Zahlung es sei gleich oder später anbietet, wollte ich meinen (sagt Baldus etwas nachgebend) dass diess für die Novation genüge, wenn das Geld auch erst später für die Bezahlung vorräthig wäre; wenigstens würde der frühere Schuldner *ope exceptionis* befreit sein, zufolge L. pen. D. *de praetoriis stip.* (46. 5)." Man sieht, Alles dreht sich um die Frage, ob der aus dem Faillissemente entstandene Nachtheil den Trassanten oder den Werthgeber treffen müsse. In diesem Sinne sagt er dann, dass wenn dem Briefe *formaliter* nachgelebt wird, Bonromeus nicht mit gutem Erfolge in Anspruch genommen werden könne, weil man unvorhergesehene Zufälle oder die mala fides eines Dritten, an die er keine Schuld hat, ihm nicht zurechnen darf. Blos wenn der Brief keine Folgen habe, müsste er zurückgeben. Für Mafiolus wird hiergegen angeführt, wie wir schon merken liessen, dass die "pecunia parata solutioni" die wir Provision nannten, nicht *parata* sei, da sie der Evic-

tion ausgesetzt. Hierauf nimmt Bonromeus (der gleichsam sprechend auftritt) zu einem andern Mittel seine Zuflucht, dass nämlich der Kläger nicht als Remittent in dem Briefe stehe: "tu numerator non es nominatus in literis ut creditor," du bist jedenfalls sagt er, nur ein Mandatar des Remittenten und hast also keine Klage. Meinerseits habe ich Alles gethan, was ich thun konnte; ich habe den Brief geschrieben und bin zufrieden, dass es auf meine Rechnung gesetzt werde, ich bin auch nicht verpflichtet, verschiedene Briefe zu schreiben, ich habe einen Prima wechsel geliefert, und habe nichts dagegen, dem Handelsgebrauche gemäss, mit einer *seconda* oder *terza* zu dienen, aber neue Wechsel ziehen, und neue Verbindlichkeiten eingehen — das thue ich nicht." "Aber — sagt die Gegenpartei — du hast empfangen, ohne auszuzahlen "tu accepisti sed non exbursasti," gieb deshalb zurück, das Mandat ist noch re integra, es ist auch zu meinem Vortheile gegeben, ergo kann ich der Zahlung renuntiiren und hier die Zurückgabe fordern." Doch hierauf antwortet Bonromeus: der Contract ist kein Mandat, sondern eine Handelssache: "quod iste contractus non est contractus mandati, sed mercati und mithin hast du keine *poenitentia.*"

Und nun schliesst Baldus vorläufig die Debatten mit dem schon erwähnten "or modo visis rationibus." Er lässt aber nicht undeutlich merken, dass wegen der schon angeführten und ferner anzuführenden Gründe, die Wage der Gerechtigkeit sich in seiner Hand mehr nach Bonromeus Seite neige.

"Denn zuerst: "stabiles et firmae debent esse scripturae mercatorum" (vergleich das beim ersten Gutachten Gesagte) dem bekannten Sprichworte gemäss, "was ich geschrieben habe, das habe ich geschrieben."

"Zweitens: der Brief kann die beabsichtigte Wirkung haben."

"Drittens: man kann in keinem Contracte Veränderungen machen, als mit Bewilligung beider Parteien."

"Viertens: Bonromeus kann das Geld vom Trassaten ohne Kosten und Schwierigkeiten nicht wegnehmen und in andre Hände bringen."

"Fünftens: Bonromeus handelte in eigenem Namen und für eigene Rechnung, und weil er sich einmal verbunden hat, ist er noch nicht gehalten, neue Obligationen einzugehen, sonst könnte man diess in's Unendliche von ihm verlangen."

Man sieht also was bei ihm das wichtigste war; doch kann er die Sache noch nicht fallen lassen, er stellt vielmehr eine nähere Untersuchung über das Wesen dieses Contracts an und strebt in die eigentlichen Rechtsverhältnisse der handelnden Parteien einzudringen; er erklärt, dass der Werthgeber wohl eine Klage haben könne, und dass es endlich davon abhängen würde, ob dieser für sich oder blos als Mandatar des Luca de Goro gehandelt habe; dieses sei es, was der Richter zu untersuchen habe; im Zweifel müsse aber Ersteres angenommen werden, und insofern habe Mafio Rena oder Mafiolus, der Geber des Werthes, das Recht auf seiner Seite; hierdurch fängt Alles wieder an zu schwanken. Doch der von ihm angeführte Grund, welcher dieses möglich machen soll, ist bemerkenswerth; da er den Inhalt des Wechselbriefes erwägt, ersieht er, dass der Trassant zufolge desselben, sich eigentlich an Niemand obligirt; der Brief enthält gar keine *promissio*, weder an Luca de Goro noch an Mafio Rena, doch müsste es nichtsdestoweniger so aufgefasst und ausgelegt werden, als ob er für letztern, als Geldgeber

ein solches Versprechen enthielte. Hier sehen wir, dass Baldus zwar den guten Weg, auf dem er einmal war (es sollte nämlich an Luca de Goro heissen) nicht zu behaupten wusste; aber zugleich liegt die Grundlage einer Lehre hierin, auf welche meines Erachtens nicht genug Gewicht gelegt werden kann; nämlich dass das Schreiben, Unterzeichnen und Abgeben des Wechselbriefs eine ganz andre Obligation hervorbringe, als in dem Briefe zu lesen ist. In dem Briefe steht nur ein Mandat, aber er wirkt nichts destoweniger wie ein Zahlungsversprechen, strenger und unbedingter als andre ausdrückliche Versprechen, die keine Wechsel sind. Baldus nennt dieses Versprechen *pecunia constituta:* Bonromeo verspricht dem Luca de Goro zu zahlen, was er dem Mafiolo schuldig ist oder sein wird; ich würde lieber die *receptitia actio* aus dem ältern römischen Rechte zur Vergleichung anführen [1]). Wie dem auch sei, ich halte diese construirende gebräuchliche Interpretation, die hier zum ersten Male auftritt, für die grösste Eigenthümlichkeit des Wechselcontracts. Natürlich nicht so, wie es Baldus *hier* thut, zu Gunsten des Werthgebers, zondern wie er es *im Anfange* that, zum Vortheile dessen, an dessen Ordre gezahlt werden soll, in unserm Falle an die Ordre des Luca de Goro. Stellt man sich die Sache so vor, wie von den neuesten Schriftstellern über das Wechselrecht es meistens geschieht, dass die Verpflichtungen des Trassanten aus dem ersten Contracte desselben mit dem Geber des Werthes, aus einem Kaufe oder einem Contracte *do ut facias* abgeleitet werden, und lässt man den Brief nichts An-

1) Vgl. § 8 *Inst. de action.* und hierzu Theophilus, und L. 2 Cod. *de pec. const.* (IV. 18).

ders sein, als was er zu sein scheint, nämlich einen einfachen Bevollmächtigungsbrief, dann bleibt man innerhalb der Gränzen des gemeinen Rechts und die Abweichungen von demselben lassen sich dann nicht gut erklären; nimmt man hingegen den Brief als *literarum obligatio*, für die Grundlage der Verbindlichkeit, so dass diese wie in unsern beiden Gutachten gelehrt wird, eine übriggebliebene Wirkung von der alten Eigenschaft der *scripturae mercatorum et campsorum* sei, so ist nicht nur die Sache historisch deutlich, sondern dann ist auch die spätere, jetzt in der Handelswelt gangbare Ansicht, in der besten Uebereinstimmung mit der alten. Diese Meinung ist ja, dass man durch das Schreiben, durch das Unterschreiben, es sei dass man seinen Namen oder nur einen Buchstaben desselben auf den Wechsel setzt, sich obligire. Ihre Regel ist, so wie sich Baldus ausdrückt, *was ich geschrieben habe, das habe ich geschrieben*, und das muss wahr, fest, und unwiderruflich sein, wie ein richterliches Urtheil. Dieses erfordert das Interesse des Handelsstandes, und dieser ist: "summum bonum et quintum elementum."

Dieser Punkt ist also sehr zu beachten. Was den ersten Contract betrifft, nämlich das *Kaufen*, oder wie wir es nennen, das Negotiiren des Wechsels, so haben wir schon gesehen, dass dieses hier als ein *contractus pecuniae emptae et venditae* angesehen wird. Unser van der Keessel[1]) behandelte dieses, als ob das Geld verkauft würde, und durch den Unterschied der Species, der Zeit und des Ortes den Charakter einer Waare annehme; Baldus nahm es nicht anders "nam sicut propter diversitatem materiae consistit emtio in pecunia, ita si adiiciatur diversitas loci

1) Theses Juris Holl. 578.

vel temporis ubi est solvendum." Es bleibt aber unentschieden, ob man dieses für seine wissenschaftliche Ueberzeugung oder für ein Nothmittel, den Gedanken an *usuraria pravitas* auszuschliessen, halten muss. Ich glaube Letzteres; "die Kaufleute" sagt Baldus "behaupten auch dass Wechseln kein Wucher sei, es ist nicht blos die Zeit, die verkauft wird, und welche man freilich als eine *res communis* nicht verkaufen kann [1]), sondern man zahlt für die Gefahr, welche mit dem Uebermachen des Geldes verbunden ist." Hiermit streitet übrigens die Entscheidung, dass in jedem Falle das Klaglibell schlecht formulirt wäre, weil man aus einem *contractus innominatus* do ut des alteri, es sei mit *condictio ob causam* wegen der *poenitencia*, oder *ad interesse*, mit der *actio praescriptis verbis* hätte klagen müssen. War es ein Kaufcontract, dann konnte der Käufer sich billig auf die Eviction, per l. 41 D. de iudiciis (5. 1) um wenigstens Caution zu erlangen, berufen, und viel mehr that er auch nicht. Doch zu festen Ansichten war unser Baldus noch nicht gekommen, und das ist es vorzüglich, was ich hier zeigen wollte. Am Ende des vierzehnten Jahrhunderts war das Wechselrecht noch in einem Gährungszustande, aus welchem die jetzigen anerkannten Grundsätze nur allmählich herausgetreten sind. Baldus, der das Orakel von ganz Italien war kannte diese Grundsätze nicht [2]). An-

1) Hat er hier nicht wohl au die Stelle aus Seneca gedacht: »*venale tempus* et sanguinolentae usurae." *de benef.* 7. 10.

2) Auch nicht Bartolus. Ein Wechsel war gezogen von Pisa auf Venedig. Der Inhaber präsentirte zur rechten Zeit, und bekam die Acceptation, am Verfalltage aber war der Acceptant flüchtig geworden. Wen, fragte Baldus, trifft der Schaden? Den Inhaber, antwortet er, ad L. Singularia D. Si certum petetur (12. 1), denn Acceptation ist *solutio brevi manu* und Zurückgabe als depositum. Nein, erwiedert Bartolus, dieser Grund trifft nicht zu: der wahre

dererseits finden wir viel bei ihm, was uns für diese lehrreich ist. Ich habe die Ueberzeugung, dass dasselbe von vielen andern Theilen der Rechtswissenschaft gelt, und dass eine Dogmengeschichte deren Nothwendigkeit man für andere Wissenschaften schon längst eingesehen hat, auch für die gründliche Jurisprudenz ein Bedürfniss sei.

Man betrachte das Vorgetragene als einen Versuch aus welchem zugleich ersichtlich, wie eine solche Arbeit auch zu practischen Resultaten führen kann. Wenn der verdienstliche Professor Mayer, der sich mit einer historia dogmatum der Rechtswissenschaft in ihrem ganzen Umfange befasst, dieses grosse Unternehmen auch nur theilweise ausführt, wird man es hinlänglich bestätigt finden, und die Schriften eines Bartolus, Baldus und der übrigen Scribenten werden hierdurch eine solche Würdigung erlangen, wie sie die Glosse den Bemühungen von Haubold, Savigny und Hänel zu verdanken hat.

Grund ist vielmehr, dass vermittelst der Acceptation eine Novatio Statt fand; er behauptet sogar: »quod satisfactum mihi videtur, ex »quo illum nummularium acceptavi;" setzt aber hinzu: »es wäre denn dass *nur Fleiss* für die Zahlungsleistung *versprochen wäre:* »quo »casu non connumerabor inter creditores *fugientis*, sed inter credi»tores *scribentis*." In der Regel hat also der Inhaber keinen Regress gegen den Trassanten; hat er den aber, so hat er keine Klage gegen den Acceptanten! [Nachtrag des Herrn Verfassers.]

BEILAGE I.

Bei folgenden Schriftstellern findet man Mittheilungen über die Handschriften und Ausgaben von Baldi *Consilia.*

Panzer. Annales typographici. T°. V. Rubrica Baldus.

Hain (Ludov.) Repertorium Bibliographicum, in quo libri omnes ab arte typographica inventa usque ad annum MD. typis expressi ordine alphabetico vel simpliciter enumerantur vel accuratius recensentur. Sumtibus Cottae Stuttgardtiae et Jul. Renouard Lutetiae Parisiorum.... ad rubricam Baldus.

Mazzuchelli. Gli Scrittori d'Italia. Brescia 1753—1763. Vol. II. pag. 153.

Gussado. Memorie sulla Tipografia Bresciana (Brescia....) pag. 107. 109. 110. 111.

Bini. Memorie istoriche della Perugina Università. Perugia 1816. pag. 128, 129 nota (*n*).

B. G. Vermiglioli. Biografia degli Scrittori Perugini. Perugia 1828. 1829, 4°. T°. I. pag. 137.

F. M. Colle. Storia scientifico-litteraria dello studio di Padova 1824 et 1825. 4 Voll. 4°. Vol. I. pag. 187.

Manni. Sigilli antichi. T°. VII. carta 80.

Zu Perugia. Stadtsbibliothek. S. Blume, *Iter Italicnm.* II. S. 207.

Zu Foligno. Bibliothek des Seminarium. Id. ib. S. 188.

Zu Pesaro. Libreria Oliveriana. Ibid. S. 212.

Zu Lucca. Bibliothek des Domkapittels, nach dem Stifter Fellino Sandio, gewöhnlich Libreria Feliniana genannt. Id. S. 96. Id. *Bibliotheca Italica*. S. 57. und 58.

Zu Florenz. Libreria Strozziana (od. Laurenziana: vergl. ib. S. 49, od. Magliabecchiana: ib. S. 82.) *Bibl.* S. 43.

Zu Bologna. Bibliothek des spanischen Collegium, auch wohl nach dessen Stifter, Collegio Alborrozzo genannt. Ibid. S. 156, und IV. S. 235. *Bibl.* S. 113.

Zu Turin. Königliche Bibliothek.

Zu Rome. Biblioteca Barberina. Ib. III. S. 132. *Bibl.* S. 149 und 183.

Ausgaben der Consilia:

Padova 1486.
Brescia 1490 und 1491.
Venezia 1491.
Milano 1489—1493.
Idem. 1499.
Pavia 1499.
Milano 1516. (per Ludovicum de Perego, von dem auch Baldi *Opera* genannt werden. Trento 1516.)
Venezia 1526.
Lion 1548.
Lion 1559.
Venezia 1575.
Venezia 1580.
Frankfurth 1585. } *Frage, ob diese nicht eine*
Frankfurth 1589. } *und dieselbe sind.*
Venezia 1600. In VI. Volumina, cum add. Flavii Torti.

Venezia 1609. Per Alexandrum Paganinum.
Venezia 1653.
Venezia 1693. (?)

BEILAGE II.

Ricerche sull' origine e sulla natura del contratto di Cambio da piazza a piazza. Coll' applicazione dei risultati alle azioni dei Traenti, Rimettenti, Giratarj, Presentanti, Accettanti e Pagatori delle Lettere di Cambio. di Giovanni Davide Weber. In Venezia da' torchi Palesiani, 1819. Presso Bonvecchiato Librajo a Rialto.

Seite. 35.

Il Sanudo nella vita dell XXXII. Doge della Veneta Repubblica racconta che nel 1171 per mancanza di denaro, onde continuar la guerra contro i Greci, stabilirono li Veneziani una Camera di prestanza, nella quale li particolari portarono il loro denaro, ed il Governo diede loro dei *Biglietti*, *che lo rappresentavano*, i quali erano *negoziabili*. Dunque se prima non fossero state note le Lettere di Cambio, questi Viglietti avrebbero potuto somministrarne idea.

BEILAGE III.

Aux Archives départementales à Lille: 1°. Cartulaire de Flandres, N°. 205.

Nous Margher contesse de Flandr et de Haynau et je Guis ses fins cuens de Flandr et March de Nam^r. faisons savoir a tous Ke nous prometons et avons enconvent a rendre a nos chiers amis et chier seriant Phelippon de Bourbourgh seign^r. de Verlenghehem Jehan boene broke Richart dou Markiet Jehan de France Jakemon pourchiel Watier Piedragon Jehan Pikete Pieron Danbi et Symon Malet nos bourgois de Douai trois mile sis cens soissante et quatre livres de n̄^re monnoie de Frandr des queus deniers il se sunt establi deteur po^r nous env̑s nos boens amis Robiert le blont Jakemon le blont et Baudon Crespin citeriens darras et ces deniers devant dis nous leur avons enconvent a rendre et a paier a n̄re reenenghe ki sera lan del Incarn *mil deus cens soissante et dis et siet* et tous cous et damages kil aroient et feroient par le defaute de n̄re paiement sans le principal dette amenrir. Se mandons et commandons a n̄re recheveur de Flandr ka conkes le sera et a ceaus ki seront, a n̄re renenghe devant dite quil paient et delivrent a Phelippon et a ses c̄opaign̄os devant dis *u a celui ki ces p'sentes lettres vous delivrera* ces trois mile sis cens soissante et q̄rtie livres et sous les cous et damages quil aroient fais p le defaute dou dit paiement eusi ke dit est et de tant il se delivreront env̑s nous parmi ces presentes lett^is quil no' renderont en tiesmoignage de la quel cose no' av̄os mis nos seaus a ces pisentes lettres ki furent donn lan del Incarn M. CC. *soissante et seze le mardi devant le assumption n̄re Dame.*

BEILAGE IV.

(Abgeschrieben von Mr. de Malestrie, *élève de l'école des Chartres; mitgetheilt von* Blondeau.*)*

Bibliothéque du Roi, ancien Fonds, N°. 4657.
Statuta Civitatis Avinioni: F°. 30. V^{to}.

Item statuimus, quod omnis debitor ratione littere chambii, sive ipse debitor illam scripserit, sive alius de sua voluntate, vel aliter qui administraret societatem vel apothecam quarumcumque mercium vel mercanciam pro eodem, sive ipse debitor illam ab alio mercatore vel alia persona missam acceptaverit, undecumque veniat et sub quacumque verborum conceptioni, dummodo littera in se cambii substanciam contineat, possit atque debeat, transactis quinque diebus ultra solitum terminum solutionis a mercatoribus assuetum, personaliter, traditore instanti, capi et in carceribus mancipari, nisi creditori manum sufficienter muniat de bonis suis sic quod creditor sit contentus, vel ydoneos fidejussores prestet. Verum si debitor suspectus sit, obmissa quacumque dilatione, aut termino consueto in solutionibus, post presentationem protesti, vel ipsius cambii littere subscripte manu mercatoris cujus [1]) littera cambii exsolvenda dirigebatur [2]), quomodo pecunia in toto vel in parte non sit soluta, possit statim et debeat debitor capi personaliter et detineri in carceribus, nisi manu munita creditori vel datis fidejussoribus ut supra, que recussatio, suspicio, captio, et sequestratio, facta prius querimonia alteri ex judicibus curie temporalis, de ipsis cognosci debeant per duos mercatores, in cognitionibus et decissionibus controversiarum

---

1) Videtur emendandum *cui.*

2) Subintellige: *declarantis* vel *ostendentis.*

inter mercatores pendentium per anteriores ordinationes nostras deputatos, et per alterum ex judicibus predictis curie temporalis avinionensis. Quod ab ipsis mercatoribus exstiterit relatum omni exceptione remota executioni demandetur.

Le T. de litteris cambii n'est pas porté à *l'index* des titres du Statut; il aurait le N°. 156.

Il est d'une écriture moins ancienne (de même que le N°. 155) que les titres précedens.

Ceux ci ont èté écrits au 14e siècle; 155 et 156 paraissent être du 15e ou plutot de l'an 1400 à 1500.

Mittheilung von Depping.

D'après le manuscrit indiqué, les statuts sont de l'an 1251, mais cette date ne prouve pas que le passage relatif aux lettres de change, *de Litteris cambii*, soit de la même année.... 1°. le statut *de Litteris cambii* manque dans la copie côtée 4768 et intitulé *Statuta avenionis.* 2°. Il n'est pas écrit de la même main ni du même caractère que le corps de l'ouvrage.

BEILAGE V.

Memorias historicas sobre la marina comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona, publicadas por disposicion y a expensas de la Real Junta y Consulado de comercio de la misma ciudad. y despuestas por D. Antonio de Capmany y de Montpalau individuo de la Real Académia etc. Madrid en la Imprenta de D. Antonio de Sancha 1779.

Carta de los sobredichos Magistrados (municipales de Barcelona) al Rey Eduardo III. de Inglaterra, recomendandole la solicitud de un negociante Barcelone's, residente en Olanda, sobre cierto crédito que tenia en Londres contra unos mercaderes de Luca.

A. D. 1302. Excellentissimo et magnifico Principi Domino Eduardo, Dei gratia, Regi Angliae Illustrissimo: Consiliarii et Probi-Homines Civitatis Barchinonae, se ipsos et sua cum omni reverentia et honore.

Excellentiae vestrae serie praesentium intimetur quod Jacobus de Villa Sicca, mercator et civis Barchinonae, proposuit coram nobis, quod ipso existente in Dordrech in Holandia mutuavit Jacobo et Philippo Hugolini fratribus de Lucha, Burgensibus vestris habitatoribus in villa Sancti Botholfi, viginti-sex lib. sterlinorum, quas sibi solvere promiserunt in Anglia apud Londres vel apud Nitholam, tradita sibi per dictos fratres quadam littera quae dirigebatur per eos cuidam fratri eorum nomine Bartholomaeo Hugolini, ut dicto Jacobo de Villa Sicca satis faceret in dicta pecuniae quantitate: quam

quidem solutionem dictus Jacobus de Villa Sicca a dicto Bartholomaeo vel alio habere non potuit, licet per duos annos et ultra stetisset in Anglia ratione praedicta, et expendedisset quaecunque habebat in partibus memoratis, dicto Bartholomaeo eundem per verba dilatoria retinere, qui Bartholomaeus fecit dicto Jacobo de Villa Sicca in Villa Sancti Botholfi chartam in pergameno scriptam in qua obligavit se et bona sua dominationi Senescallorum et Marescalcorum vestrae Curiae de iam dicto debito et de missionibus inde factis quae ascendunt plus quam debitum supra dictum prout in dicta charta plenius vidimus contineri. Et adhuc quod dictus Jacobus transivit pluries in Anglia pro recuperatione debiti supradicti, nulla tamen solutione a dictis fratribus nec ab aliqua persona habita seu obtenta, seu expensis per eum factis pro recuperatione debiti supradicti, et dicti fratres dicto Jacobo indebite et malitiose dictum debitum per septem annos et ultra solvere recusaverunt.

Quapropter ad instantiam et requisisionem dicti Jacobi de Villa Sicca concivis nostri, vestram magnificentiam duximus praesentibus exorandam, quatenus zelo justitiae et pietatis intuitu, ac nostrorum precaminum interventu, praedicto Jacobo de Villa Sicca de praedicta quantitate pecuniae et expensis ac damnis, quas et quae inde facere et sustinere habuit pro recuperatione dictae pecuniae quantitatis satisfactionem debitam fieri faciatis, taliter, si placet, quod ipse Jacobus qui ad paupertatem et inopiam devenit occasione praedicta, jus suum consequi valeat et habere, et quod humiles preces nostras apud vestram Regiam Majestatem ad conservationem sui juris sibi sentiat profuisse. Deus cunctorum conditor vobis tribuat vitam prosperam et felicem, et dignetur regnum et salutem vestram perpetua protectione defendere ac etiam custodire.

Datum Barchinonae IV. Kalendas Martii, anno Domini millesimo trecentesimo secundo.

BEILAGE VI.

J. Marquard, de jure mercatorum et commerciorum singulari. Francof. 1662, F°. S. 289-294.

S. 292.

Item si aliqui mercatorum Flandriae seu alterius terrae cujuscumque de aliquibus mercatoribus vel famulis suis conquerantur, occasione lanarum venditarum, permutatarum, seu aliquo quocunque modo *cambitarum*, vel aliarum quarumcunque mercaturarum, dummodo lanae seu mercaturae, quarum occasione fiat conquestio, monstratae et visae et extra domum venditorum seu ponderatorum deliberatae prius fuerint quam fieret venditio, permutatio seu *cambium* de eisdem, volumus et ordinamus, quod de talibus conquerentibus nullus audiatur, quodque de talibus quaestionibus emenda nulli fiat, sed si de lanis vel quibuscunque mercaturis, quae ante venditionem, permutationem, *cambium* vel deliberationem de eis factam, monstratae non fuerint sive visae, oriatur quaestio, conquerens hujusmodi audiatur, et per ordinationem Scabinorum et mercatorum hujusmodi quaestio terminetur.

S. 294.

Item volumus et concedimus eisdem mercatoribus, quod possunt *cambire* et *cambia facere* cum quibuscunque, et solutiones facere ac recipere unus cum alio, *cum literis vel sine literis*, prout sibi visum fuerit expedire. Item volumus et concedimus etc.

(Am Ende).

Datum in festo beatorum Simonis et Jude Apostolorum, Anno Domini millesimo Trecentesimo quinto Decimo.

BEILAGE VII.

(Aus der Universitätsbibliotheh. zu Freyburg, mitgetheilt von Warnkönig).

Baldi Consilia. Ed. Brix. 1490. Pars III. Cons. 298.

In Christi nomine ℭ facte fuerunt
p. Bõromeum de
bonromeis littere tenoris infrascripti, vz pagati per questa prima littera a di IX de Octobr.
a luca de goro libr̄ XLV. sono per la valuta
qui da Masio rena al t̄epo li pagati
e poniti a mio conto e. R. che Gristo ve
guarde Bõromeo de bõromei salutm de
Milano a di IX. de mazo MCCCXCV.
a tergo: Alexandro di bonromei e dominco de Andrea ininciz prima d
libr̄. XLV.

Editio Brixiensis 1490. I. 53.

(Idem ut supra).

Al nome de dio amen. a di primo de Februario (sic.) MCCCCLXXXI (sic, non 1381) pagate p q̄sta pma lettera

ad usaza ad (sic) voi medesimo libre XXXXIII de grossi sono per cambio de ducati CCCCXL che questo chi hone recevuto da Seio et ei compagni altramente le pagate.

Die Ausgabe ist: Brixiae cura et ingenio Bonini de Boninis d'Raynsia.

(*Aus der Göttinger Bibliothek, mitgetheilt* von Jacob Grimm).

Prima pars consiliorum Baldi. impr. Brixie cura Bonini de boninis de ragusio Dalmatiai Calendis Septembris Anno MCCCCXC.

Consil. 53.

In Christi nomine. Sempronius mãfredi scripsit quandam epistolam ad Titium mercatorem i Rivo alto Venetiarum privatam propria manu infrascripti tenoris vz. al nome de dio amen. a di primo de februario MCCCCLXXXI. pagate per questa prima lettera ad usanza ad voi medesimo libre XXXXIII. de grossi sono per cambio de ducati CCCCXL. che questo chi hone recevuto da Seio et ei compagni altramente le pagate. Quam scripturam Titius etc. etc.

(*Idem ut supra*)

(Martens hat abdrucken lassen aus Edit. Lugdun. 1559. da heisst es in dem ersten band (betitelt: prima et secunda pars consiliorum domini Baldi de Perusio. recensuit Mattheus Antonianus I. U. Cons. [1]) Fol. 83b Cons. 349).

1) Auf dem titel der tertia und quarta pars: ex nova Matthaei Antoniani J. C. praelectione geminaque emendatione (er ist Gratianopolitanus.)

In Christi nomine. Facte fuerunt per Boromeum de bonromeis litere tenoris infrascripti. vcz. pagati per questa prima litera a di. IX. de Octobr̄. a luca. de Goro lib. XLV. sono p. la valuta qui da Masio rena al tempo li pagati et poniti a mio conte e R. che Christo ve guarde. Bonromeo de bōromei salut. de Milano a di IX de Mazo MCCCXXV. *a tergo:* Alexandro di Bōromei e dn̄ico de andrea inveneri prima. de lib. XLV. ℭ Hec scriptura plures hz ptis etc.

(*Mitgetheilt* von Warnkönig).

In der Ausgabe angeblich a. 1516 zu Mailand steht der Fall II. 190, die Jahrszahl ist aber MCCCLXXXI; dagegen heisst es ad usanza *ad* voi.

(*Idem*).

In der Ausgabe Lugduni 1548 steht er II. 190: die Jahrszahl MCCCLXXXI; die Formel: ad usanza *de* voi.

BEILAGE VIII.

(*Aus der Bibliothek zu Leiden*).

Dni Baldi de Perusio Juris utriusque illuminatoris Consiliorum primum (sec. tert. quart. quint.) Volumen nuper diligentissime ex manuscripto exemplari ipsius autoris recognitū: Cum pluribus principalis q̄stionibus: summariis r repertorio in aliis deficientibus superadditis per dn̄um Hieronymum Chuchalon Hyspanū feliciter incipit. s. l.

et a. litt. Goth. duab. col. F°. (In tit. conspicitur signum impr. Vincentius de Portonariis de Tridino de Monteferrato. Repertorium autem, sive Tabula, separatim uno volumine comprehensa, dicitur *Impressioni Lugdun. accomodata*).

Vol. I. Cons. CCCLVIII. F°. LXXX. Col. 2.

ℂ facte fuerunt
per Bonromeum
de bonromeis litere tenoris infrascripti vcz pagati per questa prima litera a dist. IX de Octobr̂. a luca de Goro lib. XLV sono p la valuta q da Masio rena al tempo li pagati r poniti a mio conto e R che Christo ve guarde Bōromeo de bonromei salut. de Milano a di IX de mazo MCCCXXV. *a tergo:* Alexandro di Bonromei e dnico de Andrea invenerim pma de lib. XLV. ℂ Hec scriptura plures hs ptes.. &c.

Vol. II. Cons CXC. F°. XXXVIII. Col. 2.

SEMPRONIUS Māfredi scripsit quādā epistolam ad titium mercatorē in redito Vene. privatā propria manu infrascripti tenoris vcz Al nome de dio amen a di primo de Feburi. MCCCLXXXj pagate per q̄sta prima letera ad usanza de voi medesimo libre xliij de grossi sono per cābio de ducati CCCCXL. che queste chi hone ricevuto da Seyo r ei compagni alteramente le pagate. Quam scripturam titius noluit accetare nec solvere aliquid ei' pretextu. Unde dictus Seyus contra dictum Sempronium egit in judicio dicens qd. dictus Sempronius est debitor dicti Sey r sociorum in quantitate ducatorum quadringentorum triginta auri habitorum et receptorū in Bononia a dicto Seyo et sociis r quos dictus Sempronius legi-

time confessus fuit se recepisse a dicto Seyo r sociis r hoc pro cambio r ex causa cambii XLIIIj librarum grossorum Venetoru... etc.

BEILAGE IX.

Della Decima e delle altre gravezze etc. Tomo terzo contenente la pratica della Mercatura scritta da Francesco Balducci Pegolotti e copiata da un Codice manoscritto esistente in Firenze nella Bibliotheca Riccardiana. Lisbona e Lucca. 1766.

S. 75.

Quando i mercati si fanno in Famagosta, il comperatore dà caparro al venditore per mano del Sensale poco, o d'assai come li piace: e poiche il comperatore ha dato caparro al venditore, si vanno il comperatore insieme al Comercio, cioè alla Dogana, *e fanno scrivere agli scrivani del comercio in presenza del Balio del detto comercio*, le convenenze del mercato, che hanno fatto insieme: e di presente che le convenenze sono scritte al detto Comercio, si è fermo il mercato per modo, che mai non si puote rompere, se non se amendue le parte, cioè il venditore, e il comperatore, ne fussino in concordia di annullare il detto mercato.

E quando alcuna delle parti non volessino ottenere il mercato, poi che è scritto al Comercio, *il Balio del detto Comercio ne fa ragione di presente alla parte che gliene domanda ragione*, etc.

Se tu vendi mercatanzia c. c. (S. bel Martens, S. 59.)

BEILAGE X.

Zu den in vorstehender Abhandlung besprochenen zwei älteren uns bekannten Wechselformularen ist 1850 noch ein drittes hinzugekommen [1]), ein zwar nicht älteres, aber ziemlich vollständiges, merkwürdiger Weise von einer sehr eigenthümlichen Protestacte begleitet. Da dasselbe sich nur in einer wenig verbreiteten Sammlung befindet, wird es nicht überflüssig erscheinen, es hier, als Material für die Geschichte des Wechselrechts, den übrigen beizugeben. Der Protest lautet folgendermassen:

In nomine domini amen. In presentia mei infrascripti et testium infrascriptorum ad hoc pro testibus vocatorum et rogatorum, Antonius Grillus civis Janue dixit et protestatus fuit Antonio Laurentii de Majoricis, presenti et audienti, quod cum dictus Antonius Grillus presentaverit dicto Antonio Laurentii die XIIII Octobris proxime preterita litteram cambii tenoris infrascripti:

Al Segnor Antonio Laurentii en Genoa, p. a. de 576 f e 21 Sold. Janue.

†
R̂

En nome de Dio, Seta, die VII Septembris MCCCLXXXIIII. Segnor, per questa primera litera piyeres a XXX jorni vista a me p. Antonio Grillo 576 floreni e 21 soldi Januari, et sunt p. cambi de CCCIII lire XV e VI barcellonenses che ò ricevudo da Jac. de Varxi a ragione de soldi XIIII per floreno; perche vor prego che farate bon compimento al tempo. Vostro Raimondo Salvador.

---

1) Abgedruckt in der *Bibliothèque de l'Ecole des Chartres IIIe. Série Te. II prem. Livraison. Paris* 1850.

Et ab ipso Antonio Laurentii dictus Antonius Grillus requisiverit et requirit solutionem dicti cambii, et cum Antonius Laurentii recusaverit et recusat dicto Antonio Grillo solutionem facere de dicto cambio, idcirco dictus Antonius Grillus dixit et protestatus fuit dicto Antonio Laurentii, presenti et audienti, et contra dictum Raimundum absentem de recambio cambii et de omni damno interesse et expensis dicti Antonii Grilli qui habere vult et intendit. Qui Antonius Laurentii predictus dixit et respondidit dicto Antonio Grillo, presenti et audienti, quod ipse non vult nec intendit eidem dicto Grillo aliquod dare nec solvere pro dicto cambio et de predictis.

Actum Janue, in banchis, sub domo heredum quondam Nicolai Cicogne, anno et indictione ut supra, die XIIII Novembris paulo ante completorium de sero, presentibus testibus Lazaro Spinola et Ottobono de Guano, civibus Janue.

(Ex actis Therami de Magiolo, foliatio quinta, pag. 291 retro.) [Nachtrag des Herrn Verfassers.]

VIII.

UEBER DIE TABULA AMALFITANA.

(*Gelesen in der dritten Classe des Königlichen Niederländischen Instituts, den 22 Januar* 1849) [1]).

Zu den Fortschritten, welche die Rechtswissenschaft in unsern Tagen gemacht hat, darf man mit Recht auch wohl das rechnen, was für die Kritik der Seerechtsquellen des Mittelalters geleistet worden ist. Das Seerecht von Wisby oder das alte Wasserrecht von Gotland ist grösstentheils, und wohl vorzüglich durch die Bemühungen niederländischer Gelehrten, von dem Dunkel befreit worden, welches seinen Ursprung und Bestandtheile bisher verhüllte.

Nun wünsche ich, Ihnen m. H., heute über ein andres Denkmal, Bericht zu erstatten welches zum Gebiete des mittelländischen Meeres gehört, und das erst vor vier Jahren in Italien entdeckt worden ist; über ein Rechtsbuch, dessen Inhalt uns bis jetzt unbekannt geblieben, dessen Existenz sogar zweifelhaft

1) In *Geschied- en Regtskundige Verhandelingen.* Utrecht van der Post 1851.

war. Ich meine die in Neapel herausgegebene Tabula Amalfitana, von deren Entdeckung meines Wissens noch keine Mittheilung an diese Classe geschehen; und welche vielleicht, was ich aber unentschieden lassen muss auch bei Andern die verdiente Theilnahme noch nicht gefunden hat. In der Sammlung von Pardessus, die mit 1845 geschlossen wurde, wird die tabula Amalfitana noch für ein Unding erklärt, für eine nur aus Missverständniss entstandene Benennung; sogar in der reichhaltigen Beilage von *addenda* und *corrigenda* ist sie nicht erwähnt, ein Mangel, der indessen bei dem schlechten Zustande des Buchhandels in Neapel sich wohl entschuldigen lässt. Es ist nämlich dorten sehr gebräuchlich, dass die Gelehrten ihre Werke bei sich in ihrem eigenen Hause verkaufen (so dass man sie nur bei dem Autor selbst bekommen kann); Handelscorrespondenz haben diese Herren nicht, und so kann es denn geschehen, dass eine Entdeckung von untergeordnetem Interesse, und wenn sie nicht gerade Cicero oder Livius betrifft, einige Jahre unbenutzt liegen bleibt. Der Amalfitana scheint es so ergangen zu sein.

Pardessus also, den man bei Gegenständen dieser Art wohl nennen muss, Pardessus wusste nichts von dem Inhalte dieser Tafel und war in Betreff ihrer Existenzfrage — merkwürdig genug — ein Ungläubiger. Denn hätte der fleissige Sammler die Berichte benutzt, welche schon im Jahre 1835 gedruckt waren, so hätte er die Existenz eines amalfitanischen Seerechts nicht bezweifeln können. Die erwähnten Berichte sind aus alten noch vorhandenen Chroniken genommen, sie finden sich zum Theil bei Pansa [1]), vollständig in der Geschichte von

1) Istoria dell' antica repubblica d'Amalfi. Composta dal dottor Francesco Pansa opera postuma in due tomi divisa. Napoli 1724.

Amalfi von Matteo Camera [1]) angegeben. Aber nein, Pardessus übersah dieses, und beschäftigte sich nur mit einem verwirrten Berichte von Freccia, einem Autor aus dem sechszehnten Jahrhundert, dessen Zeugniss leicht wegdisputirt werden kann; dieser Freccia erzählt unglaubliche Dinge, und die tabula Amalfitana, (die er erwähnt), könnte mit dem Seerechte von Trani (welches Pardessus herausgegeben) [2]) wohl identisch sein, da Trani dem Herzogthume Amalfi unterworfen gewesen [3]); hiermit war der Name erklärt und die Sache ein Unding geworden.

Unser Hendrik Brencman, als er vor 130 Jahren seine *republica amalphitana* schrieb, that das Gegentheil, er hielt sich nur an Freccia, und dessen Zeugniss von der tabula genügte ihm; Pansa war noch nicht gedruckt, und dass Brencman von Florenz nach Amalfi reisen sollte, um im Klosterarchive die Chronik einzusehen, konnte man zur Zeit, in seinen Verhältnissen und bei seinen ganz verschiedenen Studien weder verlangen noch erwarten.

Der Bericht des Marino Frezza (wie er eigentlich heisst) in seinen *Commentarii feudales*, 1554 zu Neapel herausgegeben, lautet also: unter den griechischen Kaisern ward eine Admiralität errichtet,

---

1) Istoria della citta e costiera di Amalfi, in due parti divisa; con rami, da Matteo Camera. Napoli 1836.

2) *Collection* I. p. 146. V. p. 237.

3) Es ist eine arge Verwechslung von Trani mit Atrani, einem unbedeutenden Orte in der Nähe Amalfi's. Trani liegt am adriatischen Meere, in der terra di Bari. Zum Missverständniss gab Brencman zwar Veranlassung, aber Schuld daran hat er nicht. Bari war unter den Griechen ein besondres Herzogthum, eben so wie Amalfi, und war unter den Normannen mit Apulien vereinigt. Trani hat jetzt 14,000 Einwohner. — Das von Pardessus bekannt gemachte Seerecht ist zwar nicht alt, aber interessant.

nämlich zu Amalfi, welches unter einem Patricius stand, und "una Graecorum sedes" war. "Hinc (sagt er weiter) in Regno non lege Rhodiâ maritima decernuntur, sed *tabula quam amalphitanam vocant:* omnes controversiae, omnes lites, et omnia maris discrimina ea lege, ea sanctione usque ad haec tempora finiuntur." Freccia war Jurist und kaiserlicher Rath, und in der Lage von Diplomen und alten Urkunden, die er auch nennt Notiz zu nehmen: "in quam plurimis veteribus monumentis atque chartis. . ." Sein schlechter Stil und seine Unwissenheit in der Geschichte benehmen jedoch dem, was er vielleicht mit seinen eigenen Augen gelesen hat, nichts an Glaubwürdigkeit. "Aber" sagt Pardessus "die Angabe, dass die tabula von Amalfi das gemeine Seerecht des ganzen Königreichs gewesen wäre, ist falsch. In der Gesetzgebung, in den Urtheilen und in den rechtsgelehrten Schriften jener Periode ist keine Spur davon zu finden." Jeder sieht ein, wie sehr es bei einer so ausgebreiteten Untersuchung auf Genauigkeit ankommen muss; doch zugegeben, dass von der Anwendung der tabula im sechszehnten Jahrhundert keine Spur sich findet, ist darum die ganze Existenz derselben zu verwerfen? Wie oft gilt nicht ein Rechtsbuch noch formaliter dessen wirklicher Gebrauch schon längst aufgehört? Wie seltsam war nicht in der späteren Zeit die Anwendung unserer alten Seerechte? Freccia sagt auch nicht: in allen Orten des Reichs (d. h. des Königreichs Neapel), sondern nur "in regno," und hätte er auch hiermit zu viel gesagt, so galt doch die tabula im ganzen Herzogthume Amalfi: sie erlangte eine Berühmtheit, welche den übrigen italienischen Rechtsbüchern dieser Art nicht zu Theil ward, und liefert so einen bedeutenden Beweis für die Blüthe des

amalfischen Seehandels, wofür anderweitig zwar gute aber gerade nicht vielfache Zeugnisse existiren.

Mit dem Berichte Freccia's stimmt ein andres Zeugniss überein, welches aus einer amalfischen Chronik, (von der man noch Manuscripte in den Klosterarchiven findet), bei Pansa abgedruckt, und auch unzweifelhaft von Freccia benutzt ist. Von der Erfindung des Compasses handelnd sagt diese "certe digne ingeniis Amalphitanis, a quibus et *compilatae* leges maritimae, quibus deciduntur inter nautas iurgia, in *Curia magni Admirantis* huius regni." Es ist für unsere folgende Untersuchung nicht ohne Bedeutung, dass das Admiralitätsgericht und das Gesetzbuch zugleich und als zusammengehörend genannt werden.

Eine dritte Erwähnung unserer Tabula findet sich in der anonymen Vorrede einer andern amalfischen Chronik aus dem fünfzehnten Jahrhundert, abgedruckt in einer 1782 zu Neapel erschienenen Sammlung. Sie lautet:

> Originali chronicae Amalphitanae, quae erat scripta charactere curialisco, et in carta membranae servatum fuisse, una cum Tabula prothontina maris in domo familiae Domini Ursi, et ex illa cives faciebant sibi copias ut penes se tantum documentum haberent. Sub rege Ladislao [1]), Vincislaus de Sancto Severino, qui fuit Dominus Amalfiae, prohibuit de domo Domini Ursi originale, et portavit in domo sua; et ita deperditum est originale illud taliter ut aliquae in civitate remanserint copiae, quas magna cautela quisque apud se tenebat...
>
> ... Et ego mea manu scripsi copiam de hac Chronica, et de tabula prothontina, *quae*

1) Der 1386 gekrönt wurde.

habetur etiam cum consuetudinibus et usis Amalphitanorum, propter causas et lites, quae inter nautas insurgunt.

Hier werden drei verschiedene Urkunden genannt a. die Chronik b. die Tabula, c. die Gewohnheiten und Stadtrechte von Amalfi. Diese drei gehörten handschriftlich zusammen; letztere Verbindung der tabula und der *Consuetudines* wird sich für unsere Untersuchung als brauchbar erweisen.

Genannter Wenceslaus de Santo Severino, der es veranlasste, dass die erste Urkunde verloren gegangen, war Doge von Amalfi und starb 1401 eines gewaltsamen Todes. Vor und nach dieser Zeit bestand also zu Amalfi eine Tabula prothontina maris, deren Abschriften allmälig seltener wurden und endlich aufhörten bekannt zu sein. Das Wort *Prothontina* ist mir etymologisch unerklärlich; verdorbene griechische Namen kommen auch jetzt noch im Neapolitanischen vor, und Amalfi blieb länger als die übrigen Herzogthümer dem griechischen Kaiser, wenigstens dem Scheine nach, unterworfen; die Praefecten und Dogen daselbst wurden von ihm mit griechischen Titeln und Würden beehrt [1]), und so kann denn auch diese Titulatur aus Constantinopel stammen. Was die Sache selbst betrifft, so verstand man darunter ein Amt wie die Admiralschaft, doch von niedrigerem Range, wenigstens war es so unter der angoinischen Regierung. Camera hat ein Verzeichniss solcher Prothontini aus den Reichsregistern angefertigt, welches mit 1269 anfängt. Tabula Pro-

---

1) Protosebastos, Protospatharios u. s. w. In einer neapolitanischen Constitutio von 1282 (bei Pardessus V. S. 253) findet sich eine Rubrik: »de ammiratis et vice ammiratis, prothontinis et comitis" (sic.) und weitere Erwähnung doch ohne Erklärung. Bei Ducange L. m. et inf. Graec. kommt das Wort nicht vor.

thontina maris war demnach die Seerechtscompilation, nach welcher die Prothontini, als Admiralitätsgericht, zu urtheilen pflegten [1]).

So weit reichten die Berichte und so viel wusste man von der Tabula Amalfitana, bis im J. 1844 die Tafel selbst ans Licht kam. Die Geschichte der Entdeckung ist folgende. Im Jahre 1762 hatte Venedig einen gelehrten Dogen Marco Foscarini, der nur ein Jahr dieses hohe Staatsamt bekleidete. Er besass eine Sammlung Manuscripte die nach seinem Tode an die kaiserliche Bibliothek zu Wien kam. Vor einigen Jahren wurde der Catalog derselben im historischen Archive von Florenz, Theil V, Heft 383 und 384 herausgegeben, und nun zeigte es sich, dass ein Manuscript der Tabula sich darin befinde. Die Angabe war:

"Cod. CLXXXIV (Foscarini) N°. 6626 (N°. der Bibliothek zu Wien.)"

> "Capitula et ordinationes curiae maritimae nobilis civitatis Amalphae, quae in vulgari sermone dicuntur la tabula d'Amalfi:

in demselben Codex c. 188 (?).

> "Incipiunt consuetudines civitatis Amalphae, compilatae et ordinatae anno Domini millesimo, decimo anno regiminis ipsius civitatis, per ipsos Amalphitanos."

Natürlich entging diese wichtige Mittheilung der Aufmerksamkeit der italienischen und vorzüglich der neapolitanischen Gelehrten nicht. Zu Neapel bestand schon lange ein Verein von Gelehrten, dessen Zweck ist, Urkunden [2]) die Geschichte beider Sicilien betreffend, aufzusuchen und herauszugeben; bei der

1) S. 25.
2) Von 568—1734.

Vertheilung der Arbeit ward dem Prinzen von Ardore aufgetragen, was Amalfi betrifft. Er fand bald Gelegenheit, aus genanntem Codex zu Wien eine Abschrift zu erlangen, welche er der Gesellschaft verehrte; die Herausgabe ward einem der Mitarbeiter für die Documente von Amalfi, dem Advocaten Carlo Troya aufgetragen und noch in demselben Jahre besorgt. Wir haben also nun den Text der Tabula und der *Consuetudines*, mit einigen Anmerkungen zu letztgenannten, und einem Excurs gegen Pardessus hinsichtlich ersterer von Luigi Volpicella, der eine specielle Bearbeitung versprochen, die aber bis jetzt noch nicht erschienen ist, und wegen der Ereignisse nach 1847 wohl nicht so bald erscheinen wird.

Dass die zu Wien genommene Abschrift und die neapolitanische Ausgabe getreu sind, dürfen wir annehmen; das zeigen die unverständige Interpunction und die sprachlichen Formwidrigkeiten, welche sich in der ganzen Compilation finden, und die derartig sind, dass ein nicht ganz mechanischer Abschreiber sie von selbst hätte verbessern müssen. Die Tabula enthält sechs und sechszig Artikel, und zwar sind ein und zwanzig lateinisch, die übrigen italienisch, beides verdorben und gemischt mit Wörtern je aus der andern Sprache. Die lateinischen Artikel sind wohl die ältesten, und da zuweilen dieselbe Vorschrift wiederholt vorkommt, so können wir annehmen, dass die Tabula nicht mit einem Male so verfasst ist, wie sie uns vorliegt, sondern allmälig so geworden ist. Es ist dieses, wie auch unsere alten Seerechte zeigen ein bei solchen Compilationen häufig eintretender Umstand, der auch, in unsern Land- und Stadtrechten nicht selten zum Vorschein kommt. Eben so stehen in dieser Tabula die Artikel in

keinem Zusammenhange mit einander. Sie hat wohl eine Ueberschrift, aber kein *Explicit* am Ende; in sofern kann man bezweifeln, ob wir die Compilation ganz besitzen; dieses ist aber wahrscheinlich weil zur Zeit, als das Original verloren gegangen, noch viele von demselben genommene Abschriften vorhanden waren und es scheint, dass genannter Anonymus sagt: dass die Tafel und die Gewohnheiten von Amalfi in einer und derselben Handschrift enthalten gewesen: "*quae habetur etiam cum consuetudinibus et usis Amalphitanorum:*" er setzt hinzu, dass beide sowie die Chronik in sehr hoher Achtung gestanden; hiernach kann man vermuthen, dass seine Abschrift, und so auch das Manuscript zu Wien, als eine der bewahrt gebliebenen Abschriften, in welcher dieselbe Zusammenstellung stattfindet, vollständig gewesen. Nämlich erst kommt die Tabula, dann die *Consuetudines*, und hinter diesen heisst es:

Expliciunt Consuetudines civitatis Amalphae.

Ob leere Blätter dazwischen standen, weiss ich nicht, allein der Catalog hat Cod. *stesso*: "in derselben Handschrift:" wenn man sich nämlich auf die Genauigkeit der neapolitanischen Herausgeber verlassen darf. Die Zusammenstellung beider, die Vollständigkeit der *Consuetudines*, welche eine Ueberschrift, Einleitung und Schluss haben, gewähren für die Vollständigkeit der Seerechtsartikel, m. E. eine günstige Vermuthung, indessen wird diese auf der andern Seite gewisser massen wieder vermindert durch einige sehr verdorbene und sinnlose Artikel.

Ehe ich zur Hauptsache, dem Inhalte unserer Tabula übergehe, muss ich noch bemerken dass ich mit den Schiffskunstwörtern in der amalfitanischen Volkssprache unbekannt bin, und dass ich keineswegs Anspruch darauf mache, jeden Artikel zu erklären. Nichts

destoweniger bleibt genug übrig, was allgemein zugänglich ist, wodurch man das ganze Denkmal charakterisiren und mit andern derartigen vergleichen kann.

Der Inhalt der Artikel — unter nicht Beachtung dreier sporadischer, die eigentlich kein Seerecht enthalten, — lässt sich unter folgende sieben Rubriken von welchen mehr oder weniger gehandelt wird, bringen. Die Ordnung ist:

I.	Vom Schiffsvolk	20	Artikel.
II.	Vom Schiffer	22	„
III.	Von den Rhedern	12	„
IV.	Von der Accomanda	4	„
V.	Von der Contribution in Havariegrosse	2	„
VI.	Von Admiralschaft	1	„
VII.	Von den Privilegien auf das Schiff	2	„

Nicht alles in diesen Rubriken ist für unsern gegenwärtigen Zweck von Interesse; sie werden hier bloss genannt, um eine Uebersicht des Ganzen zu geben. Dahingegen kommen in den meisten einzelne Vorschriften vor, welche sehr nützlich für die Kenntniss des ältern Seehandels sind, und unsere Aufmerksamkeit wohl verdienen. Sie betreffen zwei Contracte, die im dreizehnten Jahrhundert, und auch wohl früher in dem mittelländischen Meere sehr gebräuchlich waren, deren Namen aber seit lange nicht mehr genannt wird. Ich meine die *Colonna* und die *Accomanda*.

Die *Colonna* ist ein für eine Seereise geschlossener Contract, in welchem der Schiffer den Gebrauch seines Schiffes, das Schiffsvolk seine Arbeit, und ein oder mehre Geldleiher Geld oder Waaren, zusammenbringen. Das Geld oder die Waare werden in einem oder in verschiedenen Bestimmungsorten umgesetzt, und bei der Zurückkunft wird der Gewinn

der Uebereinkunft gemäss getheilt. Dem Sprachgebrauche nach wird auch der Gewinn im Ganzen *Colonna* genannt.

Von dieser *Colonna* nun wird in unserer Tabula bei verschiedenen Gelegenheiten gehandelt.

Der Bootsgeselle, heisst es im 1en Artikel, der Handgeld oder Vorschuss angenommen hat, und nicht eintritt, um seinen Dienst zu thun, soll eine Strafe nach Gutdünken des Schiffers und der Genossen [1]) an die *Colonna* entrichten.

Auch die Eigenthümer oder Inhaber der Schiffsantheile sind, zufolge Art. 8 in der *Colonna* begriffen, und haben ihren Antheil neben den Capitalisten, dem Schiffer und Schiffsvolke. Ieder von ihnen hat das Recht sich gegen die Reise zu erklären; sie haben aber für den Fall eines Seeschadens, nur eine Klage gegen den Schiffer, nicht gegen das Schiff oder die Schiffstheile.

Sobald das Schiff unter Segel gegangen ist, soll von dem Schiffer der ganzen Mannschaft Mittheilung gemacht werden über die *Colonna* und die Waaren, über das Geld, welches mitgenommen wird, so wie auch über die Bestimmung der Reise. Art. 10. Dieser Artikel kommt im Italienischen am Ende noch einmal vor, doch da heisst es "wenn das Schiff den Hafen verlässt."

Der Schiffer, heisst es in Art. 11, darf keine andre Waaren in die *Colonna* aufnehmen (?).

Wenn das Schiff, nachdem es den Hafen verlassen, Schaden leidet, so wird es auf Kosten der *Colonna*, zufolge Art. 19 u. 21 reparirt.

Dagegen, sagt Art. 20, wenn die Reparatur nicht

1) In Art. 50 heisst es zwar, »al parere de li consoli;" allein das ist wohl eine spätere Vorschrift.

während, sondern vor der Reise nöthig war, kommt sie auf Rechnung der Schiffsantheilhaber, denn sie waren verpflichtet ein taugliches Schiff zu liefern.

Zufolge Art. 23. muss der Schiffer nach Beendigung der Reise Rechnung ablegen vor dem Gerichte, in Gegenwart aller Theilhaber, die gehörig aufgerufen werden müssen; die Ausbleibenden verlieren ihr Recht des Widerspruchs. Auch die Consuln müssen dabei gegenwärtig sein (Art. 39) und wird ihr Honorar nach den Salmen oder Lasten, die das Schiff enthält, berechnet.

Art. 26. Bei Schiffbruch oder Captur wird das, was gerettet ist, gleichmässig vertheilt; die Schiffsgesellen geben ihren Vorschuss zurück.

Art. 27. Kann das gestrandete Schiff wieder flott gemacht werden, dann muss die ganze Gemeinschaft die Kosten des flott Machens tragen, allein das Schiffsvolk nur für den Betrag seines Antheils im Gewinne.

Art. 28 und 44. Dasselbe gilt, wenn ein genommenes Schiff losgekauft wird.

Art. 29. Schiffer und Matrosen dürfen keine Pacotille haben, die den Werth einer Unze überschreitet; was sie mehr haben, verlieren sie zum Vortheile der Gemeinschaft.

Art. 30. Der ganze Betrag der *Colonna* soll angegeben und in die *Acta* des Gerichts eingetragen werden.

Art. 33. Wenn man ein gestrandetes Schiff verkaufen muss, und eine Abschätzung desselben erforderlich ist, um die Schadenbeiträge, welche über die Schiffsantheile und die *Colonna* zu vertheilen sind, zu bestimmen, dann muss diese geschehen nicht nach dem Werthe, den es zur Zeit des Unfalls hatte, sondern nach dem zur Zeit der Abreise.

Art. 24. Kein Schiff, es sei gedeckt oder unge-

deckt, kann ohne richterliche Bewilligung verkauft werden.

Art. 35. Ieder Inhaber eines Schiffstheiles kann aus der Gemeinschaft treten und fordern, dass das Schiff verkauft werde, wenn er sich nicht für eine oder mehre Reisen verbunden hat.

Art. 45. Wenn ein Seemann etwas von seinen Kleidern verliert, wird es ihm, wenn der Werth nicht bewiesen, von der *Colonna* mit einem bestimmten Quantum ersetzt.

Art. 46. Wenn ein Seemann im Dienste der *Colonna* ans Land geschickt ist und ohne seine Schuld das Schiff nicht wieder erreichen kann, behält er seinen Antheil im Gewinne; doch ist er wegen seiner eigenen Angelegenheiten zurück geblieben, so verliert er seinen Antheil, welcher der ganzen Gemeinschaft zufällt.

Die Abweichungen in diesen Bestimmungen von unseren heutigen Seerechten sind aus diesem eigenthümlichen Contracte zu erklären, und sie dienen den Charakter desselben näher zu bestimmen. In *abstracto* ist dieser Contract eine *Societas*, und wird auch von den italienischen Rechtsgelehrten als solche angesehen; jedoch viele Regeln der *Societas* fallen hier weg, z. B. das Aufhören derselben durch den Tod eines *Socius*, die gemeinrechtlichen Begünstigungen z. B. das s. g. *beneficium competentiae*, und dass nur *diligentia quam suis* zu praestiren sei. In der Praxis wurde es oft mit *Accomanda* und *Implicita* verwechselt, was nachtheilige Prozesse veranlasste [1]).

Die *Accomanda*, über welche unsere Tabula vier Artikel enthält, ist bekannter als die *Colonna*, welche in den sechs Quartbänden Pardessus's nicht er-

---

1) Vergl. Targa, *Ponderaz.* C. 36.

wähnt ist. Unter andern findet man sie im Statut von Marseille von 1253, doch vollständiger in denen von Genua vom Jahre 1499 u. 1588.

Einer genauen Beschreibung im letzgenannten Statut zufolge, war es ein Contract, durch welchen Geld oder Waaren Iemandem anvertraut werden, (hierdurch wird die mit *depositum* verwandte Benennung erklärt) um damit in überseeischen Häfen Handel zu treiben, wofür er einen Antheil vom Gewinne erhält. Waren es Waaren, so wurden diese anderswo verkauft und mit dem Erlöse wieder andere eingekauft: so dass dieser Handel grosse Geschicklichkeit und Redlichkeit erforderte. Das Statut sagt positiv, dass man darin keine Handelsgenossenschaft oder *Societas* erblicken dürfe und überhaupt keine Gemeinschaft; der Accomandatarius war bloss Geschäftsführer. Auf die eingekaufte Waaren hatte der Accomandator ein Privilegium vor allen übrigen Creditoren, mit Ausnahme des noch unbezahlten Verkäufers. Sogar konnte er ohne Cession gegen die Schuldner aus diesen Geschäften des Accomandatarius auftreten, als wenn sie ihm unmittelbar obligirt wären. Er konnte auch, unter Bürgschaftsleistung, Arrest legen auf die von diesem an Andere versendete Waaren: wegen der Praesumtion dass diese Waaren mit seinem Gelde gekauft seien. Eine zweite Unternehmung bewirkte, dass die erstere als geendigt anzusehen war. Hatte der Accomandatarius die Gelder von verschiedenen Accomandatoren in eine Ladung oder Unternehmung gebracht, so concurrirten sie hinsichtlich dieser Waaren, die ersten mit den letzten.

Diess sind die wichtigsten Vorschriften. In der Tafel von Amalfi kommt dieser Contract in vier Artikeln vor, mit bedeutender Abweichung. Auch der Schiffer und sogar die Seeleute nehmen Geld oder

Waaren in Accomandita; der Schiffer hat sogar das Recht hierbei das Schiff zu verbinden, und wenn die Schiffseigenthümer selbst die Accomandita eingehen, sind Schiff und Ladung wechselseitig verbunden. Dem Betruge gegen den Geldleiher seitens des Schiffers oder eines Handelsmanns wird durch Strafdrohung und Executivprozess gesteuert.

Wie gesagt, bilden diese zwei Contracte den Hauptinhalt der Tabula. Welcher wissenschaftliche Nutzen liegt nun in dieser Betrachtung? Zuvörderst, m. H., wissen wir, dass Amalfi im Mittelalter der europaeischen Geschichte während dreihundert Jahre eine bedeutende Handelsstadt war, welche auf Sicilien, Alexandrien und Constantinopel handelte, und während der Kreuzzüge sogar mit Antiochien und Bagdad in Verbindung stand. Wir wissen diess aus genügenden Berichten der Zeitgenossen, die im zehnten und elften Jahrhundert geschrieben haben, des Luitprand und Wilhelm von Apulien. Die Weise, wie dieser Handel vorzüglich betrieben wurde, lernen wir aus diesem Seerechte genauer kennen, als wir früher wussten. Das ist doch etwas, es betrifft aber allein die Handelsgeschichte Amalfi's. Ein Zweites für die allgemeine von Interesse, ist folgendes. Bei einigem Nachdenken finden wir, dass diese fast vergessenen Contracte nothwendig dem gegenwärtigen Commissionshandel weichen mussten, welcher sein Entstehen und seine Entwickelung dem im sechszehnten Jahrhundert entstandenen Postwesen, der allgemeinen, regelmässigen Briefversendung durch den Staat, zu verdanken hat. Das Postwesen erlangt hierdurch in der neuern Handelsgeschichte eine hohe Stellung neben Wechselhandel und Assecuranz; und das Eine und Andre gewährt uns einen tiefern Blick in den historischen Zusammenhang, der zwischen dem See-

handel des Mittelalters und dem Handel der neuern Staaten besteht.

In einer andren Beziehung verdient diese Weise des Handeltreibens unsere Aufmerksamkeit. Die *Accomanda* war für den unvermögenden, mit Muth und Geschicklichkeit versehenen Handelsverständigen der Weg um mit Beihülfe des Capitals eines Andern sich in kurzer Zeit ein Vermögen zu erwerben. Die alten Seerechte geben ihm die Hälfte oder ein Viertel des Gewinnes, nach Umständen; und der Gewinn wird *in dubio* auf ein Minimum von zwanzig Procent berechnet, sogar wird ein *iuramentum in litem* bis auf fünfzig Procent zugelassen. Mit ihm waren grosse Gefahren, mühselige Reisen in entfernten Ländern unter einer feindlichen Bevölkerung, verbunden; schon der Handel auf die saracenischen Häfen Siciliens konnte nicht ohne Mühe und Gefahr getrieben werden. Diess ist nun wieder ganz mit der Zeit übereinstimmend, zu welcher diese Handelsunternehmungen gehören: die Zeit der Kreuzzüge, und später der Länderentdeckungen, war eine Zeit voll Muth und Abenteuer. Auch der Kaufmann "indocilis pauperiem pati" musste in seinem sonst friedsamen Treiben Muth haben und Gefahren überwinden; der Zeitgeist war also auch in *seinem* Berufe sichtbar, dieser Geist war Muth und Kraftentwickelung, wovon in unseren Zeiten freilich einzelne Beispiele vorkommen, der aber, als allgemeine Triebfeder der menschlichen Handlungen, nur in der Geschichte und romantischen Poesie des Mittelalters gefunden wird.

Kehren wir nun zum Inhalte der Tabula zurück. Das Recht hinsichtlich der Seeleute ist nicht rein contractlich, sondern im Gegentheile durch allerlei polizeiliche Vorschriften modificirt; natürlich, dass diese Modificationen in verschiedenen Zeitaltern und in ver-

schiedenen Ländern sehr von einander abweichen. Darum nimmt es auch kein Wunder, dass rücksichtlich derselben ein grosser Unterschied zwischen diesem alten Seerechte und unserm gegenwärtigen obwaltet. Im Allgemeinen stand in alter Zeit der Seemann seinem Schiffer und Rheder näher, da er Mittheilhaber war; diess musste wohl auf seine rechtliche Stellung Einfluss ausüben. Wurde er genommen — selbst noch auf dem Schiffe — so behielt er doch seinen ganzen Theil am Gewinne; war er krank oder verwundet, so bekam er Alimente und ausserdem die Heilungskosten; bei uns ist diess anders. Das alte Recht will, dass der Gefangene, was er bei uns in der Regel auch nicht fordern kann [1], auf gemeinschaftliche Kosten losgekauft werde. Bei Schiffbruch verliert er auch nicht seinen ganzen Lohn [2], der ihm bis zum Tage des Unglücks bezahlt wird. Hatte er schon mehr empfangen, dann muss er das zwar zurückgeben, aber erst nach einem Monate. Vorschuss wird gewöhnlich gegeben, und hierbei finden wir das Sprichwort, dass es immer zu Lande kommt, Art. 43: "l'inprompto alli marinari esce sempre salvo in terra." Das heisst wohl, dass die Unglücksfälle keinen Einfluss auf die Zurückgabe haben. Eine ganz sonderbare Vorschrift ist in Art. 41 enthalten, dass nämlich ein Schiffsofficier oder Seemann das Schiff verlassen und den Vorschuss oder das Handgeld zurückgeben darf, wenn er einen bessern Dienst erhalten kann, obschon er durch die Annahme des Handgelds in der Regel obligirt ist. Eine Pacotille ist dem Schiffer und den Seeleuten nicht bewilligt; (sie passt auch nicht zu der Fahrt auf Gewinn)

---

1) Handlsgb. Art. 432, 433. Cod. 266, 267.
2) V. Art. 418. Cod. 258.

worin das amalfische Recht von unsern alten Seerechten abweicht. Für Sold oder monatliche Gage zu dienen, war wohl im Gebrauche aber nicht das Gewöhnliche; das Dienen für einen Antheil im Gewinne heisst *ad uso de Rivera*, nach dem Gebrauche der Küste, nämlich von Amalfi, wo man auch jetzt noch, auf dieselbe Weise von der *costiera d'Amalfi* spricht: *Riviera* ist vorzüglich im Genuesischen gebräuchlich.

Die Rhedereien haben auch ihre eigenen Regeln. Das Schiff muss in gewisse Antheile vertheilt sein nach der Zahl der Lasten die es enthält; nämlich ein Antheil für jede zehn Salmen, welche wie unsere Lasten das Gewicht einer angenommenen Quantität Getreide betragen [1]). Die Schiffstheile heissen *Caraten*, und die Eigenthümer *Caratarii.* Der Schiffer muss erklären, wie gross sein Schiff ist. Eine wichtige Person auf den Schiffen ist der Schreiber, der beim Gerichte vereidet wird, und dessen Schriften eine Beweiskraft haben, welche der Glaubwürdigkeit notarieller Urkunden gleichsteht; eine Lehre welche, wie wir wissen, auch im Consolato del mare vorkommt.

Die grösste Verschiedenheit zwischen dem alten und neuen Seerecht findet sich bei den Beiträgen zur Havarie, vorzüglich beim Werfen. Natürlich kann, wo die *Colonna* das Gewöhnliche war, eine wirkliche Berechnung und Vertheilung des Schadens nicht stattfinden; der Schaden, den man gelitten, wird als Verlust von dem Gewinne der Unternehmung abgezogen, und falls ein solcher nicht da ist, verhältniss-

---

1) Eine *salma* enthält 20 *tomoli*, wovon 54 auf eine amsterdammer Last gehen. Ein *tumulo* wiegt in Neapel 40 *rotoli*, = 60 neapolitanischen Pfunden.

mässig vom Schiffe und der *Colonna* getragen, mit der Beschränkung, dass die Seeleute nur vom Gewinne verlieren, und übrigens nicht zum Schaden beitragen; doch mussten sie, wenn nichts gewonnen war, die Ausgaben für ihre Beköstigung und die Vorschüsse zurückgeben. Passagiere die auf dem Schiffe waren und nicht zur *Colonna* gehörten, mussten wenn sie Geld, Waaren oder Sachen bei sich hatten, soldo per lira in den Wurf beitragen. Das Rechtsbuch hat hierüber einen ausführlichen Artikel.

Ein folgender, nicht weniger ausführlicher Artikel, handelt von dem Falle, dass keine *Colonna* eingegangen und das Schiff, auf unsere Weise, für Fracht fährt. Derselbe betrifft vorzüglich die Berathung des Schiffers mit den Kaufleuten, die mit ihren Waaren auf dem Schiffe sind, oder mit ihren Factoren, nicht aber mit den Schiffsofficieren oder mit den Passagieren. Hierbei kommt es darauf an, wer den ersten Wurf thun soll: das ist hier der Kaufmann; im sonstigen Falle der Schiffer. Wenn nun keine Kaufleute an Bord sind, so beräth der Schiffer sich mit dem Steuermann und dem grössern Theile der Mannschaft. Die Vertheilung geschieht über Schiff und Ladung, und die Passagiere contribuiren für ihre Sachen. Die Schiffsleute haben nur den Gewinn ein zu büssen, d. h. sie verlieren ihren Antheil an der Fracht, in soweit der Schade, den das Schiff trägt von dieser abgezogen, und mithin nichts gewonnen wird.

Im Falle, heisst es in einem folgenden Artikel, dass die Kaufleute geizige Personen sind, die, wie man sie in der Welt findet, lieber sterben als von ihrem Vermögen verlieren; muss der Schiffer mit dem Steuermanne und den übrigen guten Männern des Schiffes das Werfen verlangen, mit Angabe der Gründe, und verharren sie dann bei ihrem

Geize, so muss der Schiffer vor allen Schiffsleuten protestiren, und er kann hiernach zum Werfen schreiten. Am Ende heisst es, man muss bei dem Obigen annehmen, dass der Schiffer gehörig geladen und nicht überladen habe.

Ueber die Schätzung des Schiffes für die Havarieberechnung und über die Frage, ob die Fracht contribuiren müsse, ist nichts vorgeschrieben, worüber sonst sehr abweichende Bestimmungen gefunden werden. Dass die Menschen nicht beitragen, wie die sonderbare Vorschrift in den falschen Leges Rhodiae fordert, ist aus dem schon Angegebenen genugsam zu ersehen.

Admiralschaft, oder so wie sie hier heisst, *Conserva,* wird als eine *Societas* betrachtet, nicht nur um einander Beistand zu leisten, sondern auch um den Schaden des Nehmens oder des Untergangs gemeinschaftlich zu tragen, verhältnissmässig *in solidum pro libra*; so wie das früher hier zu Lande gebräuchlich [1]) und schon in den Leges Rhodiae vorzukommen scheint [2]).

Diese Vorschriften der Tabula Amalfitana sind m. E., vorzüglich beachtenswerth. Nun ist die historische Frage zu behandeln, in welche Zeit dieses Rechtsbuch in seiner gegenwärtigen Form, zu setzen ist. Beim ersten Anblicke scheinen wir hier auf bedeutende Ungewissheit zu stossen. Jahreszahlen oder Ereignisse kommen in der ganzen Tabula nicht vor; die in derselben supponirten oder angedeuteten Rechtsinstitute sind solche die schon in den ältesten Zeiten, wenigstens des mittelalterlichen Seerechts vorhanden

1) De Groot, Inleiding tot de Hollandsche regtsgeleerdheid III. 22 § 5.

2) III. 21 bei Pardessus I. S. 243.

sein konnten, und die auch noch am Ende des sechszehnten Jahrhunderts vorkommen. In der Sprache, sowohl im Italienischen als im Latein, sind gerade keine Spuren hohen Alterthums sichtbar; innere Merkmale scheinen also gänzlich zu fehlen. Diess ist aber nicht so ganz und gar der Fall. Im Artikel 39 wird "das Reich" (lo Regno) erwähnt "alle Schiffe, gedeckte oder ungedeckte, die nach altem Gebrauche, seefahren innerhalb oder ausserhalb *des Reichs*." Das Reich *κατ' ἐξοχήν* bedeutet ehemals und noch jetzt das Königreich Neapel, und dieser Sprachgebrauch kann erst unter der Regierung der Anjous, also erst im dreizehnten Jahrhundert, entstanden sein. Vor dieser Zeit bestand mithin die Tabula oder wenigstens dieser Artikel nicht. Anderseits, wie wir gesehen haben, berichtet der Chronist, dass die Originalhandschrift auf Pergament erst am Ende des vierzehnten Jahrhunderts verloren gegangen ist, zugleich mit der alten Chronik, zu welcher die Tafel gehörte. Natürlich war sie schon damals kein Stück von jüngerem Datum, sie wurde als ein wichtiges Document behandelt; sie kann also sehr gut schon hundert Jahre früher bestanden haben, und demnach ohne Uebertreibung in das dreizehnte Jahrhundert gesetzt werden. Ferner ist zu bemerken, dass sie wiederholt in Verbindung mit dem Admiralitätsgericht genannt wird: "a quibus (Amalphitanis)" sagt die Chronik, "compilatae sunt leges maritimae, quibus deciduntur inter nautas iurgia, in *Curia magni Admirantis huius regni*." An einer andern Stelle heissen diese *leges* "*Tabula prothontina maris* . . . propter causas et lites quae inter nautas insurgunt." Die Tafel selbst nennt sich: "*Capitula et ordinationes curiae maritimae*" und zwar "nobilis civitatis Amalphae." Das Admiralitätsgericht kommt schon vor unter Rogerius, der in 1130 König

von Sicilien war, aber Prothontini von Amalphi finden sich den Reichsregistern zufolge erst unter den Anjous von 1269 an [1]); so alt könnte sie also sein, wohl nicht älter; und alles zusammen betrachtet, und ohne Rücksicht darauf dass ein Theil nothwendig älter als die übrigen sein muss — ist es wahrscheinlich, dass das ganze Rechtsdocument, so wie es nun vorliegt, am Ende des dreizehnten Jahrhunderts geordnet wurde.

Auf diese Untersuchung nach der Entstehungszeit, folgt natürlich die nach dem Verfasser. Man könnte glauben dass es eine von Staatswegen, von der Admiralität ausgegangene Verordnug wäre: "capitula" heisst es, "et ordinationes curiae;" das dürfen wir aber vom Ganzen und von der nun vorhandenen Form nicht annehmen; vielleicht haben die lateinischen Artikel — die ersten 23 — zu einer solchen *Ordinatio* gehört; allein das Uebrige passt nicht dazu. Es würde dann doch eine gewisse Ordnung, einiger Zusammenhang oder Uebergang ersichtlich sein; man würde sich auch nicht zweier Sprachen bedient, und auch keine italienischen Artikel zwischen die lateinischen, und umgekehrt, eingeschoben haben, und gewiss hätte man nicht dieselben Vorschriften zuweilen wiederholt, ohne eine solche Wiederholung mit einem "wie oben gesagt" anzudeuten. Will man also an öffentliche Verordnungen denken, dann müssen die vorhandenen Artikel Fragmente oder Auszüge derselben sein, von Privatpersonen zusammengeschrieben. Eine solche Privatarbeit bezeugt auch Artikel 47 in den Worten: "como ho detto di sopra," wie *ich* oben gesagt habe; diess ist nicht der Stil der Staatsmacht.

---

1) Camera S. 25.

Es war also eine Compilation für eigenen Gebrauch, hinter einer Chronik beigeschrieben, und mit dieser in dem Familienarchive der Donorsi, oder Domini Vrsi, als ein kostbarer Schatz bewahrt. Solche Familienarchive bestehen noch in den italienischen Städten, die im Besitze wichtiger Handschriften für Rechtswissenschaft und Geschichte sind.

Zum Schlusse muss ich noch der *Consuetudines* erwähnen, die auch jetzt noch, in dem Manuscripte der wiener Bibliothek, dem einzigen bekannten, mit der Tabula gefunden werden. Nicht um den Inhalt zu behandeln, welches die Grenzen dieser Vorlesung überschreiten würde; sondern einiger Jahreszahlen wegen, die dabei vorkommen, und von welchen sich etwa Gebrauch machen liesse. Ohne Interesse ist der Inhalt gewiss nicht, besonders das Protocoll und die Einleitung, die dabei gefunden werden; doch diese gehören nicht zu meinem Gegenstande. Allein Folgendes ist bemerkenswerth. Das Protocoll, in einer Notariatsurkunde abgefasst, enthält Nachstehendes: dass unter der Regierung Carls von Anjou [1]) im Jahre 1274, die Gewohnheiten der Stadt Amalfi, in Gegenwart der ganzen Gemeinde, und des Erzbischofs, mit Beistand des rechtsgelehrten Syndicus, nachdem zuvor der Bericht von Sachverständigen, alten und jungen, gehört, beschrieben und festgestellt sind, unter der Drohung gegen Ieden, der darin etwas verändern oder aufheben wolle, dass er mit ausgelöschten Kerzen Anathema sein soll, excommunicirt und verflucht, im Namen des Vaters, des Sohns und des Heiligen Geistes, und dass er gleichen Theil haben solle mit Judas, der ein Verräther war unsers Herrn Jesus Christus.

1) Dasselbe kommt unter diesem Könige und unter seinem Nachfolger in andern Städten vor, z. B. in Bari und Neapel.

Hierauf folgt:

Incipiunt consuetudines civitatis Amalphae compilatae, et ordinatae in anno domini millesimo decimo anno regiminis ipsius civitatis per ipsos Amalphitanos.

Die Jahrszahl 1010 könnte man für den Zeitpunkt einer früheren Aufzeichnung halten, deren Erinnerung hier bewahrt geblieben; wodurch diese Consuetudines ein antiquarisches Interesse erlangen würden, welches sie nicht haben. Ich zweifle nicht, dass anstatt *millesimo* zu lesen ist, wie im Protocoll im Anfange: millesimo *ducentesimo septuagesimo quarto;* letztere Worte sind weggelassen. Der Grund ist, dass in dieser Preambel, zu welcher die Jahreszahl gehört, wieder vom Regnum gesprochen wird: sie schliesst nämlich mit den Worten "in aliis vero contractibus, et causis, in subscriptis consuetudinibus non inclusis, servetur ordo legibus et *Regni* consuetudinibus institutus" — um nämlich zu erklären, dass die Gewohnheiten nichts anders sind als Abweichungen vom gemeinen Rechte, was auch ihr Charakter ist. Aber im Jahre 1010 bestand dort noch kein *Regnum*, nicht einmal in Sicilien; es kann also nur dieselbe Angabe sein, wie im Protocoll. Sie fängt auch mit demselben, dort vorkommenden Spruche an, zum Lobe jeglichen Gewohnheitsrechts: "Lex est sanctio sancta, bona tamen consuetudo est sanctio sanctior." Die Worte *decimo anno regiminis* müssen auf dieselbe Weise begriffen werden, nämlich vom zehnten Jahre der Regierung des Königs, nämlich Carl von Anjou, so wie es im genannten Protocoll heisst; "ipsius civitatis" bedeutet, dass von jener Zeit an auch Amalfi zum *regnum* gehörte, und der Ausdruck *per ipsos Amalphitanos* ist mit *ordinatae* zu verbinden: die beschriebenen Gewohnheiten waren von der Gemeinde selbst so abgefasst.

Ein ähnlicher Schreibfehler findet sich in einem andern Artikel: "die wiederheirathende Mutter kann von ihren Kindern aus der vorigen Ehe nicht erben;" dieses Gewohnheitsrecht hat in Amalfi stets gegolten, und ist mit den übrigen Gewohnheiten der Stadt von der ganzen Gemeinde erkannt und bestätigt, im Jahre 1262. Diess muss wohl 1274 heissen, denn es sind die Namen desselben Notars und Erzbischofs. Auch diese Artikel sind nicht alle in derselben Zeit abgefasst; denn in einem derselben, dass die Frau stets ein Viertel von dem Nachlasse ihres Mannes erbt, obschon Kinder vorhanden, wird eine *repetitio* des Bartolus angeführt, um zu beweisen, dass diess nicht von ausserhalb des Gebietes von Amalfi gelegenen Gütern gilt, welche *repetitio Bartoli* im Jahre 1344 gehalten wurde [1]. Diess kann später hinzugefügt, vielleicht die *adnotatio* eines Praktikers sein. Wie dem auch sei, der Umstand dass die *consuetudines* der Stadt und die Tabula immer zusammen gefunden, und die erstgenannten unter Carl von Anjou aufgeschrieben wurden, gibt uns einen Schein einer Gleichzeitigkeit, den wir bei der behandelten historischen Vermuthung nicht unbeachtet lassen dürfen.

Diess ist es, m. H., was ich Ihnen von der nun entdeckten Tabula Amalfitana mitzutheilen hatte. Dass sie von sehr grosser Wichtigkeit für die Rechtswissenschaft sei, glaube ich nicht; es ist nur ein Beitrag zum Material dieser Wissenschaft, wie wir mehre haben; doch sie ist für diese mit den anderen brauchbar. Uebrigens ist sie mit den anderen durchaus nicht identisch, am wenigsten mit den pseudorhodischen *leges*. Das *constitutum usus* von Pisa (vom

1) Savigny Gechichte des r. R. im Mitt. VI. S. 433.

Jahre 1160), welches Seerecht enthält, und ein Jahrhundert älter ist, sowie das *Breve Curiae maris* daselbst (v. J. 1299), welches nicht älter ist, sind für das *ius privatum* der See nicht so lehrreich; das von Trani ist wahrscheinlich erst aus dem vierzehnten Jahrhundert. Dass es nur zum mittelländischen Meere gehörte und nicht zu unsern nördlichen Seen, kann das wissenschaftliche Interesse nicht vermindern; dasselbe galt vom *Consulato del Mare* und doch fand dieses berühmte Seerechtsbuch in unserm Vaterlande einen berufenen Herausgeber, dessen Arbeit lange Zeit die beste war [1]). Doch nicht nur für die Rechtswissenschaft, sondern auch für die Geschichte des Handels und der Seefahrt, wodurch das kleine Amalfi, diese nun so unbedeutende Stadt, einst so berühmt ward, hat diese Entdeckung einigen Werth. Es sei mir erlaubt, Ihre Aufmerksamkeit hierbei noch einen Augenblick in Anspruch zu nehmen.

Die ältesten Berichte vom Dasein Amalfi's findet man in den Briefen von Gregoruis Magnus (596) und Adrianus I (772); aus diesen ist zu ersehen, dass damals (im sechsten Jahrhundert) dort schon ein Bisthum war. Ferner wird es genannt als ein Theil des griechischen Reichs bei Constantin Porphyrogennetus *de administr. imperii* (annis 911-959). Bei Luitprand wird es hinsichtlich des levantischen Handels neben Venedig genannt (969) und ein Jahrhundert später rühmt es Wilhelm von Apulien:

"Urbs haec dives opum, populoque referta videtur.
"Nulla magis locuples argento, vestibus, auro.
. . . .
"Hic Arabes, Indi, Siculi noscuntur et Afri."

1) Westerveen, Leiden 1704.

Und diess war keine Poesie; der Abt von Monte-Cassino machte im J. 1066, erzählt die alte Chronik dieses berühmten Klosters, eine Reise nach Amalfi, um dort prächtige seidene Stoffe zu kaufen für die Empfangnahme Kaiser Heinrich's IV [1]). Nach Sismondi ward im J. 1137 die Bevölkerung auf 50,000 Einwohner gerechnet. Dass Fremde hinkamen um zu handeln, ist selbstredend, doch wir haben spätere Berichte vom Gegentheile, nämlich dass die Amalfier in anderen in — und ausländischen Städten einen lebhaften Handelsverkehr betrieben. Sie bewohnten in Palermo schon im J. 1189 ein besonderes Viertel: "Amalphitanorum vicum peregrinarum mercium locupletem [2]);" dasselbe berichtet man von Messina und von andern sicilischen Städten eben als von Capua, Neapel und Benevento; Strassen, Hafen und Stadtviertel hatten den Namen Amalfi [3]). Ob diese Stadt auch den ersten Besitz des florentinischen Pandectenmanuscripts, und die Erfindung des Compasses beanspruchen kann sind andere, hier nicht zu behandelnde, Fragen. Die Tabula Amalfitana kommt ihr wenigstens zu; zur Stiftung des Ritterordens der Hospitaliter hat sie den Grund gelegt. In der Zeit, in welche die Tabula fällt, war gewiss die Sonne von Amalfis Grösse schon untergegangen; allein es hat doch seine drei Jahrhunderte Ruhm, Reichthum und Bildung gehabt; und was nun davon übrig ist, meine ich, ist der Betrachtung des denkenden Historikers nicht unwürdig.

Fragt man, was ist Amalfi jetzt? Ein unbedeutendes Seestädtchen, mit einem Erzbischofe, einer

---

1) (Oder III. ?.)
2) Falcandus bei Muratori VII.
3) Camera S. 207.

Hauptkirche, fünfzehn Macaronifabriken [1]) und den Reliquien des h. Andreas. Es hat auch noch einige Basreliefs (eines mit dem Raube der Proserpina) und einige classische Inschriften die dort nicht zu Hause sind; mit dem classischen Alterthume hat Amalfi keine Gemeinschaft.

1) Welche 60,000 tomoli = 1800,000 Nied. Pfunden Getreide verarbeiten.